Mittheilungen
aus den Materialien
der
Gesetzgebung und Rechtspflege
des
Großherzogthums Hessen
in einzelnen Ausarbeitungen
und
mit besonderer Beachtung
merkwürdiger Rechtsfälle.

In Verbindung mit mehreren praktischen Juristen
herausgegeben
von

Philipp Bopp,
Advocaten in Darmstadt.

Erstes Bändchen.

Darmstadt,
bei Carl Wilhelm Leske.
1830.

95. D.

Ex legibus ipsis, quae jus commune constituunt, deinde ex constitutionibus sive statutis, tertio loco ex judiciis perscriptis, corpus juris tantummodo constituitor.

Baco de Verulam: De augmentis scientiarum. Lib. VIII. Aphor: 77.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Seiner

Königlichen Hoheit

Ludwig II.

Großherzog von Hessen und bei Rhein ꝛc. ꝛc.

meinem Allergnädigsten Souverain.

Allerdurchlauchtigster Großherzog,
Allergnädigster Souverain!

Ew. Königliche Hoheit haben die Gnade gehabt, die Zueignung dieser Schrift, die sich mit dem vaterländischen Recht beschäftigt, zu genehmigen. Indem ich Allerhöchstdenselben für diese Gnade meinen allerunterthänigsten Dank abstatte, hoffe ich darum zugleich, daß Ew. Königliche Hoheit dem Unternehmen nicht ganz Ihren Allerhöchsten Beifall versagen.

Sollten Allerhöchstdieselben die Schrift als ein Zeichen eifrigsten Bestrebens, etwas Gemeinnütziges möglichst fördern zu helfen, Allergnädigst ansehen, so ist mein höchster Wunsch erfüllt.

Mit tiefster Submission verharre

Ew. Königlichen Hoheit,

meines Allergnädigsten Souverains,

alleruntertänigster

P. Bopp.

Vorrede.

Es giebt keinen, einigermaßen bedeutenden, deutschen Bundesstaat, dessen Gesetzgebung und Rechtspflege nicht eine besondere Schrift gewidmet wäre.

Mit der Gesetzgebung und Rechtspflege der Oesterreichischen Erbstaaten beschäftigt sich die Wagner'sche Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, der die frühere Schrift: Pratobevera Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Erbstaaten. Wien 1815 bis 1824. 8 Bände, vorangegangen ist.

Baiern besitzt die Jahrbücher für Gesetzgebung und Rechtspflege, herausgegeben von Gönner und Schmidtlein und kürzlich ist eine neue Schrift: Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Baiers, herausgegeben von Freiherrn von Zurhein und Sartorius, angekündigt worden.

Dem Würtembergischen Recht ist eine besondere Zeitschrift gewidmet. [1])

---

[1]) Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Würtemberg, herausgegeben von Hofacker.

Das Großherzogthum Baden erfreuet sich der Jahrbücher des Oberhofgerichts in Mannheim, herausgegeben vom Staatsrath von Hohnhorst und einer ganz neuen „Zeitschrift für Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden, herausgegeben von Duttlinger ꝛc.“

Vor mehreren Jahren erschienen mehrere Schriften, welche beachtungswerthe Erscheinungen der Rechtspflege im Nassau'schen auffaßten.

Von Dalwigk (Ober-Appellations-Gerichts-Präsident in Wiesbaden) Praktische Erörterungen auserlesener Rechtsfälle. Hannover 1823.

Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzoglich Nassau'schen Ober-Appellations-Gerichts in Wiesbaden, herausgegeben von Wilhelm von der Nahmer, Advocaten und Procurator bei dem Herzoglichen Ober-Appellationsgericht.

Die sächsischen Staaten besitzen, außer der Müller'schen „Zeitschrift für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege in dem Großherzogthum Sachsen-Weimar Eisenach,“ die „Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen, herausgegeben von Dr. A. Martin“ und insbesondere zeigt das Königreich Sachsen, aus dem im verflossenen Jahrzehent die Gottschalk'schen Rechtsfälle (aus der Rechtspflege des Ober-Appellationsgerichts

dieses Staates geschöpft) Selecta disceptationum forensium capita. Dresdae 1816 1819 2 Theile, hervorgegangen sind, ein neues Werk:

„Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem
„gemeinen und sächsischen Civil-Recht und
„Civil-Prozeß, mit Beziehung auf die,
„darüber vom Königlich Sächsischen Oberap-
„pellationsgericht ertheilten, Entscheidungen,
„von F. A. von Lengenn und A. S. Kori,
„Königlich Sächsischen Appellations-Räthen.
„Dresden und Leipzig. [2]"

von dem im vorigen Jahr der erste Theil erschienen ist.

Für das Königreich Hannover, das früher die Rechtssprüche seines obersten Gerichts, des Ober-Appellationsgerichts in Celle, durch die „Praktische Erörterungen von Bülow und Hagemann" der Publicität hingegeben sah, sind zwei besondere Zeitschriften [3]) bestimmt.

---

[2]) „eine Schrift, die gewissermaßen als eine Fort-„setzung der berühmten Werke von Berger, Kind „und Gottschalk betrachtet werden kann."
Allgemeine Juristische Zeitung. Jahrgang 1829 Nr. 103.

[3]) Juristische Zeitung für das Königreich Hannover, herausgegeben von Schlüter und Wallis und Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege in Hannover.

Eine Erscheinung der neusten Zeit sind die Juristischen Abhandlungen mit Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands von A. Heise, Präsidenten und F. Cropp, Rath bei dem Ober-Appellationsgerichte. Hamburg 1827.

Aus dem Kurfürstenthum Hessen sind: Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, mit Erkenntnissen des Ober-Appellations-Gerichts in Cassel, [4]) herausgegeben von Pfeiffer, Hannover 1827 1828 2 Theile, hervorgegangen.

Entscheidungen des Meklenburgischen Ober-Appellationsgerichts in Parchim hat die neuste Zeit geliefert.

In Preußen erscheinen die „Jahrbücher für die preußische Gesetzgebung, herausgegeben von Kamptz, die „Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den Preußischen Staaten, herausgegeben von Hitzig" und die „Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Rechts, herausgegeben von Simon." — „Beiträge zur Kenntniß des schlesischen Provinzial-Rechtes für Geschäftsmänner" sind im vorigen Jahr in Breslau herausgekommen und seit

---

[4]) Dessen Rechtssprechung schon vor vielen Jahren den, so interessanten und geschätzten, Canngieserschen Decisionen den Stoff lieh.

einiger Zeit besteht das „Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königlich Preußischen Rheinprovinzen, eine Erscheinung, an welche sich das „Archiv merkwürdiger Rechtsfälle und Entscheidungen der Rheinhessischen Gerichte, herausgegeben durch die Anwälte-Kammer in Mainz," anschließt.

Nur die alten Provinzen des Großherzogthums Hessen, eine Bevölkerung von mehr als einer halben Million umfassend, entbehren eines ähnlichen Instituts. Schon seit Jahren haben gewiß nicht wenige sich die Frage aufgeworfen, was die Ursache dieser Passivität sey, da Gesetzgebung und Rechtspflege in so vieler Hinsicht die vollste Beobachtung in Anspruch nehmen, [5]) und der Bearbeitung einen reichen Stoff darbieten. Wenn daher

---

[5]) Schon v. Selchow sagt in der Vorrede zum ersten Band seines Magazins für die deutschen Rechte und Geschichte, Göttingen 1779, indem er den lebhaften Wunsch ausspricht, daß ein Zusammendruck der Hessen-Darmstädtischen Gesetze bewirkt werden möchte:

„ein Wunsch, der um so gerechter ist, da dieses „Land so viele weise Gesetzgeber gehabt hat, „deren Gesetze, wenn sie auswärtig bekannt „würden, eben sowohl die Verehrung der Aus- „länder erwecken dürften, als sie das Glück der „Unterthanen machen."

gegenwärtige Schrift das vaterländische Recht zu ihren Gegenstand erwählt hat und sich lediglich mit demselben beschäftigen soll, so möchte wohl ihr Erscheinen keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen. Sie soll sich ähnlichen Erscheinungen anschließen und, sie mit Umsicht zum Muster nehmend, durchaus praktischer Tendenz (im höheren Sinn des Worts) seyn.

Die einzelnen Ausarbeitungen, welche den Inhalt der Schrift bilden sollen, stellen sich unter mehrere Rubriken.

Die erste Abtheilung liefert Abhandlungen aus dem Gebiet der Civil- und Criminalgesetzgebung des Theils des Großherzogthums, der im Gegensatz der Provinz Rheinhessen erscheint. Diese älteren Provinzen sind bekanntlich aus Territorien gebildet, die früher entweder ein besonderes Ganze ausmachten oder sich als abgerissene Theile anderer Staaten sahen und im Ganzen ihre früheren Gesetze und Gewohnheits-Rechte beibehielten. [6]) Diese Rechtsquel-

---

[6]) Um beispielsweise von der Provinz Starkenburg zu reden, so gilt in dem Theil derselben, der die älteste Besitzung der Landgrafen von Hessen auf der linken Seite des Mains war, der ehemaligen Obergrafschaft Catzenelnbogen, das, nach derselben genannte, Landrecht. *) Als durch das Aussterben der Grafen

---

*) v. Selchow: Magazin für die deutschen Rechte und Geschichte. Erster Band, Göttingen 1779 Seite 475 — 684.

len sind aber zum Theil so versteckt, daß sie kaum dem hinlänglich bekannt sind, den sie zunächst angehen und der durch seine Verhältnisse und seinen Standpunkt praktisch darauf hingewiesen ist. Auch

von Hanau im Jahr 1736 außer den Besitzungen derselben im Elsaß auch ein kleines Gebiet zwischen Darmstadt und Aschaffenburg den Landgrafen von Hessen-Darmstadt zufiel, so hat auch das Solmser Landrecht, das in demselben (und in dem, in neueren Zeiten hinzugekommenen Amt Babenhausen) gilt, in einem kleinen Theil dieser Provinz Gesetzeskraft. Nachdem durch den Rechtsdeputations-Hauptschluß vom 25. Februar 1803 namentlich Theile der Rhein-Pfalz, des Kurfürstenthums Mainz und des Bisthums Worms dem Hause Hessen-Darmstadt zugewiesen wurden, gesellte sich das Pfälzer und Mainzer Landrecht den, schon geltenden, Partikularrechten zu. *) Als durch die rheinische Bundesacte namentlich die Besitzungen der Grafen von Erbach mit dem Großherzogthume verschmolzen und der Provinz Starkenburg zugetheilt wurden, vermehrten sich die, in denselben geltenden, Partikularrechte durch das in diesen neuen

*) Für die, zugleich mit diesen Besitzungen erworbene, Stadt Wimpfen gilt ein besonderes Stadtrecht, das, so viel bekannt, noch nicht im Druck erschienen ist und dem ein, schon von Kaiser Karl V. bestätigtes, Statutar-Recht zu Grund liegt.

die althessische Gesetzgebung ist ein, noch lange nicht durchforschtes, Feld.

Alle diese Rechtsquellen der öffentlichen Kenntniß näher zu bringen, soll der hauptsächlichste, obwohl nicht ausschließende, Zweck der Ausarbeitungen seyn, die sich mit dem geschriebenen und Gewohnheits-Recht beschäftigen. 7)

Besitzungen geltende besondere Recht. *) Indem im Jahr 1816 namentlich der, auf dem linken Mainufer gelegene Theil der Fürstlich Isenburgischen Besitzungen Bestandtheil dieser Provinz wurde, schloß das, in denselben geltende, modificirte Solmser Landrecht die Reihe seiner Genossen.

7) Die Aufforderung ist um so anregender, da gerade jetzt sich so viele Bestrebungen zu den Partikularrechten, besonders des westlichen Dentschlands, wenden. So hat kürzlich Dr. Maurenbrecher in Bonn, von der preußischen Staatsregierung unterstützt und aufgemuntert, die Herausgabe der Landrechte der heutigen königlich preußischen Rheinprovinzen angekündigt und begonnen. Von dem Advocaten Weiß in Mainz und von der Rahmer in Wiesbaden ist die Herausgabe eines Werks angezeigt worden, welches den Abdruck und eine Zusam-

---

*) Das Landrecht oder die eigenthümlichen bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg im Odenwalde, gesammelt, geordnet und erläutert von F. K. H. Beck und C. Lauteren. Darmstadt 1824.

Die zweite Abtheilung der Schrift soll Ausarbeitungen, die ihren Stoff aus der Rechtspflege schöpfen, auserlesene Rechtsfälle liefern.

Die Frage über die Zweckmäßigkeit und den Nutzen solcher Mittheilungen ist schon vielfach genug erörtert worden, um sie übergehen zu können. Für ihre Bejahung spricht schon das Interesse, das sich solchen Schriften zuwendet, welche Entscheidungen geachteter Gerichtshöfe liefern.

Da der Zweck der Schrift zunächst ein praktischer seyn soll und sie sich so dem rheinhessischen Institut vergleicht, so adoptirt der Herausgeber im Ganzen das Vorwort, womit sich dieses „Archiv" bei dem Publicum eingeführt hat, indem es nachzeigt, daß solche Mittheilungen sowohl für den Richter, als für den Sachwalter belehrend sind, den angehenden Rechtsgelehrten unterrichten, den wissenschaftlich gebildeten Privaten mit den Gesetzen bekannt machen und, indem sie dem Gesetzgeber die Unvollkommenheiten der Gesetzgebung und die Mittel der Abhülfe zeigen, das Interesse der Allgemeinheit fördern. [8])

---

menstellung der rheinischen Statutarrechte liefern soll.

[8]) Jahrbücher des Großherzoglich Badischen Oberhofgerichts in Mannheim. Jahrgang 1823, S. 9. „Auch das Großherzogliche oberste Justiz-

Den meisten Nutzen gewähren, die vorzugsweise Beachtung nehmen daher in Anspruch die Entscheidungen der höchsten Gerichte. Denn abgesehen da-

---

"Departement drückte sich in seinem Beschluß "vom 29. November vorigen Jahrs über den "Nutzen einer öffentlichen Bekanntmachung der "oberstrichterlichen Entscheidungen dahin aus: "Man habe sich aus den vorgelegten gutachtli-"chen Bemerkungen des Oberhofgerichts über-"zeugt, daß eine öffentliche Bekanntmachung "der Entscheidungen des obersten Gerichtshofes "mehr Gleichförmigkeit in der ganzen Rechtsver-"waltung bewirken, für die Advokaten und "Partheien belehrend werden, dadurch sogar "die Prozesse vermindern und selbst zur Fortbil-"dung der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung "manchen nützlichen Stoff liefern würde u. s. w."

Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzoglich Nassauischen Ober-Appellations-Gerichts von W. von der Nahmer. Band 1. Seite 6.

"Solche Sammlungen dienen vorzüglich 1) zur "Begründung und Bekanntwerdung des Ge-"richtsgebrauchs. Sie bieten 2) dem prak-"tischen Juristen Musterarbeiten in umsichtiger, "gründlicher Rechtsörterung dar. Sie beför-"dern 3) die Verbreitung einer genaueren, voll-"ständigeren Kenntniß des Rechts und der Ge-"setze unter allen Classen von Staatsbür-"gern."

von, daß solche Gerichte von, in jeder Hinsicht bewährten, Rechtsgelehrten besetzt zu seyn pfle-

Juristische Beobachtungen und Rechtsfälle von G. H. v. Berg. Hannover 1802. Erster Theil, Seite 1. 2.

„Die meisten genaueren Untersuchungen einzel- „ner Rechtsfragen werden unstreitig durch wirk- „liche Fälle veranlaßt, da diese die dringensten „Beweggründe an die Hand geben, eine Sache „von allen Seiten zu betrachten. Die mancher- „lei Verwickelungen der Thatsachen, die, oft „seltsam zusammentreffenden, Umstände, die „verschiedenen Gesichts-Punkte, aus welchen „die Partheien und ihre Sachwalter und auch „die, aufeinander folgenden, Gerichte und „deren einzelnen Glieder, eine Rechtssache an- „sehen und beurtheilen, müssen nothwendig zu „der gründlichsten und vielseitigsten Prüfung „anreizen, da es nicht um theoretischen Specu- „lationen — sondern nur um möglichste einfache „und klare Anwendung der Gesetze auf wirkliche „Thatsachen — zu thun ist.

Schon ein berühmter Schriftsteller und Staats- mann des sechszehnten Jahrhunderts: Baco de Verulam, erkannte den großen Nutzen, ja die Nothwendigkeit solcher Sammlungen von Rechtssprüchen. In einem Abschnitt seines Wer- kes: „de dignitate et augmentis scientiarum," den er überschrieben hat: de perscriptione judiciorum" und zwar in Aphorismo 73 sagt er „Ante omnia, judica reddita in curiis supre-

gen [9]), nehmen ihre Entscheidungen als Entscheidungen in letzter Instanz, nothwendigerweise die vollste

„mis et principalibus, atque causis graviori-
„bus, praesertim dubiis, quaeque aliquid ha-
„bent difficultatis, aut novitatis, diligenter et
„cum fide excipiunto."

Ob seine Meinung, daß die Advokaten vorzugsweise zur Herausgabe solcher Schriften berufen seyen:

Aphor. 75.

„Personae, quae hujusmodi judicia excipiant,
„ex advocatis — sunto st honorarium libe-
„rale ex publico excipiunto. Judices ipsi
„ab hujusmodi perscriptionibus abstinento,
„ne forte opinionibus propriis addicti et auc-
„toritate propria freti, limites referendarii
„transscendant"

die richtige ist, möchte unerörtert bleiben.

9) so, daß sich das generalisiren läßt, was Mevius in der Vorrede seiner Ausgabe der Entscheidungen des obersten Tribunals in Wismar, dessen Vorsteher er war, in Bezug auf diese Edition von sich sagt: „Nobis — sufficiet per hac in publicum edita asserta consientia, integritas, innocentia, sic amans lucem, ut pravitas secretum."

Um einen Blick auf die Reihe der verstorbenen Mitglieder des Ober-Appellations-Gerichts des Großherzogthums Hessen, (das schon früher

Aufmerksamkeit der untergeordneten Gerichte, die darin eine Richtschnur erblicken, in Anspruch. Der Herausgeber wird daher vorzugsweise solche

---

durch das, unterm 11. Mai 1748 dem damaligen Landgrafen von Hessen-Darmstadt ertheilte, kaiserliche Privileg de non appellando illimitatum seine volle Bedeutung als oberster Gerichtshof gewann) zu werfen, so sind mehrere davon ausgezeichnete Schriftsteller im Rechtsfach gewesen.

Höpfner, der bis zu seinem Ende Mitglied dieses Gerichts war, hat besonders durch seinen Institutionen-Commentar die Stufe der Berühmtheit erstiegen.

Leben und Charakter des verstorbenen Hessen-Darmstädtischen Geheimen Tribunalraths Dr. L. J. F. Höpfner, von Wenk. Frankfurt a. M. 1797.

Gleichfalls Mitglied dieses obersten Gerichts war bis zu seinem Ableben der Geheimerath Schneider, als Schriftsteller ausgezeichnet durch seine Schrift:

„Versuch einer Entwickelung und Berichtigung „der Grundbegriffe der philosophischen Rechts„lehre als Grundlage einer allgemeinen Philo„sophie des Rechts. Gießen 1801.“

besonders aber durch sein größeres Werk:

„Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweis „in bürgerlichen Rechtssachen. Gießen und „Darmstadt 1803.“

Rechtsfälle mittheilen, in denen das höchste Gericht der älteren Provinzen des Großherzogthums [10])

[10]) Organisations-Edict vom 12. October 1803. §. 4.

"Das Ober-Appellations-Gericht ist die oberste Justiz-Behörde für unsere sämmtliche Lande.

In den Geschäftskreis desselben gehört:

A.) die oberste Leitung der Justizpflege;

B.) die letzte Entscheidung der Rechtsachen und zwar

a.) in Ansehung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit:

1) in dritter Instanz, über alle amtssäßige Personen und Sachen

2) in zweiter Instanz über alle schrift- oder kanzleisäßige Personen und Sachen —

3) in erster Instanz über die, nach den bestehenden gesetzlichen Normen hierzu privilegirten, Personen *)

b.) in Ansehung der Strafgerechtigkeitspflege:

1) als Revisions-Gericht, in Sachen, wo auf eine zweijährige Zuchthaus- oder eine derselben gleiche oder höhere Strafe

*) S. Hessen-Darmstädtische Civil-Prozeßordnung vom Jahr 1724 und Peinliche Gerichtsordnung vom Jahr 1726 mit Supplementen. Neue, die späteren Verordnungen, Ausschreiben und sonstigen Normative in Bezug auf den Civil- und Criminal-Prozeß berücksichtigende, Auflage. Darmstadt bei C. W. Leske 1830, S. 231—233.

entschied, zumal, da ein vorliegendes Gesetz [11]) den Entscheidungen des obersten Gerichts bindende Kraft beizulegen und sie so zur Richtschnur für die übrigen Gerichte zu erheben scheint, ein Gesetz, das noch in seiner vollen Kraft besteht und, indem es die Streitfrage über die bindende Kraft des Gerichtsgebrauchs, die schon so viele Federn beschäftigt

---

— wohin auch gehört Dienst-Entsetzung solcher Personen, die allein, oder doch größtentheils vom Dienste leben — erkannt ist, und weitere Vertheidigung um besseres Recht geführt wird;

2) als Ober-Appellations-Gericht in allen Fällen, wo mehr als bürgerlicher Arrest zur Strafe auferlegt worden ist, und der Angeschuldigte seine völlige Unschuld beweisen will.

[11]) Hochfürstlich Hessen-Darmstädtische Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung vom 12. April 1777, Tit. V., §. 13.

„Damit auch aller Ungleichheit in Entscheidung „der Rechtssachen vorgebogen und, so viel nur „immer möglich, ein jus certum eingeführt „werden möge: So sollen diejenigen Meinun-„gen, welche bei denen Rechtsgelehrten ganz „streitig und ob und wie weit solche in unsern „Landen approbirt und angenommen seyn, mit „Fleiß colligirt und angemerkt, auch, so lange „und viel Wir selbst ein anderes verordnen, zum „Grund genommen — werden.“

hat [12]) zu entscheiden scheint, um so mehr von einer nochmaligen Erörtererung derselben dispensiren möchte.

Indessen verlangt der praktische Zweck der, besonders für das Publicum des Inlandes berechne-

---

[12]) Hinsichtlich dieses Streits und der verschiedenen Ansichten über den Gerichtsgebrauch und dessen verbindende Kraft überhaupt s.

Grolman: Magazin für die Philosophie des Rechts. Band 1. St. 2. Abh. 5.

Haus: Versuch über den Werth des Gerichtsgebrauchs. Erlangen 1798.

Gensler: Handbuch zu Martins Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses. Erster Theil S. 352.

Archiv für die civilistische Praxis. Band 8. Abh. 9. S. 191 — 260. Jordan: „Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei „auch über den Gang der Rechtsbildung und die „Befugnisse der Gerichte."

Hagemann: Praktische Erörterungen. Band 7. Nr. 41. Seite 119 ꝛc.

v. der Nahmer: Sammlung der merkw. Entscheidungen des Herzogl. Nass. O. A. Ger. Erster Theil S. 6 — 38. Abhandlung über den Gerichtsgebrauch.

Jahrbücher des Badischen Oberhofgerichts in Mannheim. Erster Jahrgang (1823) S. 7 — 9 15 16.

Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civil-Prozesses, 2te Ausgabe §. 22.

ten, Schrift, daß auch solche Rechtsfälle mitgetheilt werden, welche Entscheidungen der Mittelgerichte [13])

[13]) Organisations=Edict vom 12. October 1803. §. 7. „In den Geschäfts=Kreis der Justiz=Collegien“ (Hofgerichte) „der verschiedenen Provinzen gehört

A.) die Besorgung der Rechtspflege,

1) in bürgerlichen Streitigkeiten,

a.) in schriftsäßigen Sachen in erster Instanz,

b.) in amtssäßigen Sachen in zweiter Instanz.

Zu den bürgerlichen Rechts=Sachen gehören auch die Pupillen=Sachen. —

2) In Straf=Sachen:

Hier ist das Justz=Kolleg in allen Sachen, worin die Untergerichte nicht für sich strafen können, urtheilende Behörde. Die untersuchenden Behörden, jedoch unter Direction des Justiz=Kollegs, sind:

a.) die peinlichen Gerichte in Ansehung der Special=Inquisition bei größeren Verbrechen;

b.) die Civil=Unter=Gerichte in Ansehung der General=Inquisition, und auch der Special=Inquisition bei geringeren Verbrechen;

c.) die in peinlichen Fällen etwas besonders angeordnet werdenden Commissionen.

Wenn gegen Straf=Erkenntnisse der Civil=Unter=

in letzter Instanz enthalten. [14]) Zunächst sind diese für die, den einzelnen Mittelgerichten untergeord-

Gerichte ein Rekurs ergriffen wird; so ist das Provinzial-Justiz-Colleg

a.) Revisions-Instanz, wenn das Erkenntniß zu körperlicher Züchtigung, oder mehr als achttägiger Arbeit oder Gefängnißstrafe condemnirt, und durch weitere Vertheidigung besseres Recht gesucht wird;

b.) Appellations-Instanz, wenn das Urtheil mehr als dreitägigen bürgerlichen Arrest zuerkennt, und der Angeschuldigte seine völlige Unschuld darthun will.

B.) In das Ressort der Justiz-Collegien gehört ferner: die Direction, Inspection und Visitation der ihnen untergebenen Behörden der Provinz. Diese sind:

a.) das peinliche Gericht mit Allem, was dazu gehört;

b.) sämmtliche Civil-Untergerichte."

[14]) Es fehlt nicht an Schriften, welche Entscheidungen einzelner Mittelgerichte mittheilen. Dahin gehören die geschätzten Struben'schen Bedenken, die Entscheidungen der Justiz-Canzlei in Hannover mittheilen. Entscheidungen desselben Gerichts liefert die bekannte Schrift von v. Berg: Juristische Beobachtungen und Rechtsfälle, größtentheils in der Göttingen'schen Juristenfacultät und in der K. Justiz-Canzlei gesammelt. Hannover 1802—1810. 4 Bände.

neten, Untergerichte von der höchsten Bedeutung. Dann bieten sie bei der Aufmerksamkeit, die ein Gericht der Rechtssprechung des andern zuwendet, dem andern Mittelgericht und den, demselben subordinirten, Untergerichten ja selbst dem höchsten Gericht Interesse genug dar.

Indem nun, was die Auswahl der einzelnen Rechtsfälle betrifft, der Herausgeber sich im Allgemeinen von den Gesichtspunkten leiten läßt, die bei solchen Arbeiten entscheidend sind, glaubt er seine besondere, jedoch keineswegs ausschließende, Aufmerksamkeit auf die Entscheidungen richten zu zu müssen, die von den Gerichten ausdrücklich ausersehen wurden „ein jus certum" einzuführen. Durch besondere Beachtung solcher Entscheidungen soll vorzugsweise der praktische Zweck erreicht werden, welcher der Herausgabe dieser Schrift zu Grund liegt. Die Präjudizien der Gerichte [15]) werden dadurch zur öffentlichen Kenntniß gebracht und gewähren so, da Entscheidungsnormen der möglichsten Publicität hingegeben seyn müssen, vollständigen Nutzen. Außerdem werden sie durch die Mittheilung des Rechtsfalls, indem diese die

---

[15]) wie Baco in einer Abtheilung seiner angeführten Schrift: „De exemplis et usu eorum" und zwar in Aphor 31 sagt, bestimmt: ut auctoritas praeteriti temporis flectatur ad usum praesentis."

Entscheidungsgründe liefert, noch näher erläutert und treten so in ihrer Bedeutung und Begrenzung [16]) schärfer hervor. [17])

Eine dritte Rubrik: „Kurzgefaßte Rechtsfragen und Rechtssätze" glaubt der Herausgeber für die folgenden Bändchen [18]) aus den Jahrbüchern des Badischen Oberhofgerichts in Mannheim entlehnen zu müssen. Um zu bezeichnen, was diese Abtheilung enthalten und unter dem, darunter mitzutheilenden, gemeint seyn soll, glaubt er sich auf diese Jahrbücher selbst und besonders auf das beziehen zu müssen, was der Herausgeber derselben in der Vorrede zum ersten Jahrgang (1823) Seite 11 für diese, von

---

16) Baco a. a. O. Aphor 26 „integrum exemplum „et universus ejus processus introspiciendus."

17) Den Zustand unserer Gesetzgebung gemäs stellen sich daher die mitzutheilenden Rechtsfälle in Ganzem nnter zwei Gesichtspunkte, indem sie entweder von der Anwendung des gemeinen Rechts handeln und insbesondere Entscheidungen von Controversen desselben liefern, oder Particulargesetze in ihrer Anwendung zur Sprache bringen und interpretiren. Da die Rechtsfälle der ersteren Art die Mehrzahl bilden werden, so möchte schon aus diesem Grund die Schrift für das deutsche Publicum überhaupt einiges Interesse haben.

18) Für dieses erste Bändchen standen ihm die erforderlichen Materialien nicht zu Gebot.

demselben gewählte, (dritte) Abtheilung dieses Werks gesagt hat.

„Wenn in der dritten Rubrik kurzgefaßte „Rechtsfragen — erscheinen, so mußte diese „Einrichtung für solche Fälle getroffen werden, „welche, zu unbedeutend an sich, um einen „Auszug zu verdienen, doch — oft nur bei= „läufig — manche bemerkenswerthe Rechts= „frage liefern, welche der Vollständigkeit „wegen nicht übergangen werden konnte.“

Der Herausgeber hofft unter dieser Rubrik eine Masse von Mittheilungen zusammenfassen zu kön= nen, die hinreichendes Interesse darbieten werden. So liefert z. B. die Praxis der Gerichte bei Gelegen= heit außergerichtlicher Beschwerden manchen Stoff zu kurzen Mittheilungen, die zur Kenntniß des praktischen Rechts wesentlich beitragen.

Unter einer vierten Abtheilung sollen die folgen= den Bändchen den Abdruck solcher wichtigen, das Civil= und Criminal=Recht, den Civil= und Criminal= Prozeß betreffenden, Gesetze und Verordnungen [19]) liefern, die in ihren Exemplaren selten geworden sind, diese so der allgemeinen Kenntniß zuführend.

Von dem Grad des Beifalls, den das Unter= nehmen bei dem Publicum finden wird, wird sein

---

[19]) mit etwaigen zweckmäßigen Bemerkungen.

Fortschreiten abhängen. Der Herausgeber, [20]) der sich zur Förderung des Zwecks mit andern praktischen Juristen verbunden und vollen Grund hat, zu hoffen, daß er durch Eröffnung der Quellen in seinem gemeinnützigen Unternehmen auf das Liberalste unterstützt werden wird, wünscht, daß die Juristen des Inlandes durch Beiträge den Werth desselben erhöhen möchten.

Darmstadt im Februar 1830.

---

[20]) Diejenige Ausarbeitungen, wobei der Verfasser nicht genannt ist, sind Arbeiten des Herausgebers.

Inhalts-Verzeichniß.

I. Die geltenden Grundsätze des gewöhnlichen Verfahrens bei den Untergerichten (Stadt- und Landgerichten) im Großherzogthum Hessen, nach Inhalt der Hessen-Darmstädtischen Civilprozeßordnung vom Jahre 1724 und der später erfolgten Verordnungen und Vorschriften. Vom Advocaten Rühl in Darmstadt.

II. Die Grundzüge des peinlichen Prozesses nach Inhalt der Carolina, sodann der Hessen-Darmstädtischen peinlichen Gerichtsordnung vom Jahre 1726 und des neueren Inquisitionsverfahrens im Großherzogthum Hessen. Vom Advocaten Rühl in Darmstadt.

III. Rechtsfälle. Vom Herausgeber.

A. Werden nach dem Cap. 6. X. Qui filii sint legitimi auch im Ehebruch erzeugte Kinder durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern vollständig legitimirt und erhalten sie dadurch in Bezug auf die Verlassenschaft derselben dieselben Erbrechte, welche ehelich Gebornen dem Gesetz nach zustehen?

B. Dem, der schon ein rechtsbeständiges Pfandrecht an der Sache erlangt hatte, ehe solche in das Vermögen des Gemeinschuldners kam, steht der Vorzug vor allen, bei Letzterem (dem nachherigen Erwerber der Sache) erst entstandnen, selbst privilegirten, Hypotheken, namentlich auch vor der Illatenforderung der Ehefrau des neuen Eigenthümers, ja sogar ein (Quasi) Separationsrecht zu.

C. Anwendung des Gesetzes vom 30. May 1821 über die Aufhebung der sogenannten Fornikationsstrafen.

D. Ist der Richter verbunden, von Amtswegen auf Verzugszinsen zu erkennen?

E. Ueber die Frage, ob und in wie weit dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungs-Recht versagt ist?

F. Unter welcher Voraussetzung tritt der, der zur Abfindung eines Pfandgläubigers Geld dargeliehen hat, dadurch an die bevorzugte Stelle dieses Befriedigten?

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I.

Die geltenden Grundsätze des gewöhnlichen Verfahrens bei den Untergerichten (Stadt- und Landgerichten) im Großherzogthum Hessen, nach Inhalt der Hessen-Darmstädtischen Civilprozeßordnung vom Jahre 1724 und der später erfolgten Verordnungen und Vorschriften.

Vom Advocaten Rühl in Darmstadt.

Einleitung.

Die Grundsätze unseres particularen bürgerlichen Prozesses sind bekanntlich in vielerlei, aus verschiedenen Zeiten herrührenden, sich einander aufhebenden oder beschränkenden Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Vorschriften enthalten, woraus man sie nur mit großer Mühe und allmählig, wie etwa das Bedürfniß der Praxis darauf hinführt, kennen lernt. Hiernach muß es sowohl für den Praktiker sehr erwünscht, als auch für den angehenden Juristen, bei dem Studium der particularen Prozeßgesetze, sehr dienlich und förderlich erscheinen, wenn

jene Grundsätze, geschöpft aus den mancherlei Quellen, wo sie zum Theil in weitschweifiges, veraltetes Wortgepräng gehüllt und mit veralteten, widersprechenden Bestimmungen vermischt sind, in klare, bündige Sätze gefaßt und in passender Ordnung zusammengestellt werden. Man hat dieß, hinsichtlich der geltenden Grundsätze des gewöhnlichen Verfahrens bei den Untergerichten, in Nachstehendem auszuführen gesucht und dabei möglichst diejenige Ordnung befolgt, welche der projectirten Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei Land- und Stadtgerichten zum Grunde liegt, wodurch zugleich die Vergleichung unseres bisherigen Verfahrens mit dem projectirten neuen und die Wahrnehmung der Mängel erleichtert wird. Vergessen darf man jedoch nicht, als Supplement der nachstehenden Grundsätze die Regel zu betrachten:

> daß überall, wo diese Grundsätze unzureichend und lückenhaft erscheinen, die Grundsätze und Bestimmungen des gemeinen deutschen Prozeßes in Anwendung kommen.

Sollte diese Bearbeitung für zweckmäßig erkannt werden und Beifall finden, so würde dieß zu einem gleichen Versuch hinsichtlich des Verfahrens bei den höheren Gerichten und dem höchsten Gerichte bestimmen.

§. 1.

Abhaltung der Gerichtstage. Die Untergerichte sollen in jeder Woche zwei ständige Gerichtstage, und zwar am Sitze des Gerichts, abhalten.

Hessen-Darmst. Civ. Proz. Ordn. v. J. 1724 Theil I. Tit. I. §. 2. Neueste Ausgabe derselben unter dem Titel: Hessen-Darmstädtische Civilprozeßordnung v. J. 1724 und peinliche Gerichtsordnung v. J. 1726 mit Supplementen. Neue, die späteren Verordnungen, Ausschreiben und sonstigen Normative in Bezug auf den Civil- und Criminalprozeß berücksichtigende Auflage. Darmstadt bei Karl Wilhelm Leske 1830.

§. 2.

Vertretung durch Anwälte ꝛc. Bei den Untergerichten (jetzt Land- und Stadtgerichten) haben die Partheien, zur Wahrung ihrer Rechte, in der Regel selbst zu handeln und Anwälte sind daher unzulässig. Ausnahmen hiervon finden statt: für Honoratioren, Communen, Streitgenossen, für solche, die krank oder schwacher Leibesbeschaffenheit sind, ferner die in einem andern Gerichtsbezirk oder über 3 Stunden vom Gerichtsort entfernt woh-

nen. Hierbei kommt aber dem Gegentheil stets gleiche Berechtigung zu.

Die Anwälte sind aus der Zahl der inländischen beeidigten Advocaten und Procuratoren (Hofgerichtsadvocaten) zu ernennen.

Personen unter Tutel oder Curatel werden durch ihre Tutoren oder Curatoren vertreten.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. I. §. 8. 9. inbes. Ausg. v. 1830 Seite 24 u. f.

§. 3.

Legitimation der Anwälte 2c. Die Anwälte haben sich bei Gericht durch Vollmachten ihrer Mandanten, — die Tutoren und Curatoren durch Tutorien und Curatorien zu legitimiren. Den Anwälten, mit Ausnahme der Syndiken, wird zwar im allgemeinen gestattet, bei noch abgehender Vollmacht, einstweilen sub sola cautione rati, zu handeln, jedoch muß, bevor Entscheidung erfolgen kann, der Legitimationspunkt vollkommen richtig und außer Zweifel gestellt seyn.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. IV. §. 3. 5. 6.

§. 4.

Mündliches und schriftliches Verfahren. In allen Sachen, die an Werth nicht über 60 Gulden betragen, ferner in allen klaren,

durch richtige Verschreibungen [1]) sogleich zu erweisenden Sachen, findet kein Schriftenwechsel statt, sondern die Partheien haben ihre Erklärungen mündlich zu Protocoll abzugeben, welches der Richter entweder selbst führen oder dem Gerichtsschreiber in die Feder diktiren soll. [2])

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. I. §. 6.

Jedoch ist, nach der Praxis, schriftliches Verfahren dann überall statthaft, wenn es weniger kostspielig als das mündliche erscheint, z. B. wenn die Parthei befugt ist, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen (s. §. 2.) und dieser vom Gerichtsort entfernt wohnt.

Civ. Proz. Ordn. Ausg. v. 1830 S. 22.

§. 5.

Größe der Schriften. In Fällen, da Schriftenwechsel zulässig ist, darf eine Schrift nicht über zwei Bogen ausmachen, es werde denn durch die Beschaffenheit der Sache ein anderes erfordert.

Die Schriftsätze sind in duplo zu übergeben.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. I. §. 7. Tit. III. §. 1.

---

[1]) Durch öffentliche Urkunden.

[2]) Rechnungen und Lequidationen dürfen schriftlich, als Beilagen zum Protocoll, überreicht werden.

§. 6.

Vorlesung der Protocolle ꝛc. Die Protocolle werden den Partheien jedesmal sogleich vorgelesen und darunter bemerkt, daß dieß geschehen sey und ob die Partheien das Protocoll genehmigt oder was sie sonst dabei erinnert haben. [3]) Die Protocolle werden sodann von dem Richter, bei zwei Reichsthaler Strafe, unterzeichnet.

Civ. Proz. Ordn. Ausg. 1830 S. 35 u. f.

§. 7.

Anbringung der Klage. Es liegt in der Befugniß und Pflicht des Richters, die bei ihm angebrachte Klage, nach Inhalt und Form, einer Prüfung zu unterwerfen und wenn er hierbei findet, daß es a.) an seiner Competenz, oder b.) an der Legitimation zur Sache, auf Seiten des Klägers oder des Beklagten, fehle, oder c.) daß der Kläger nicht befugt sey, vor Gericht aufzutreten, oder d.) daß er eine unrichtige Prozeßart gewählt habe, —

---

[3]) Die Praxis erkennt in der Vorlesung und in der darauf von Seiten der Partheien erfolgten Genehmigung der Protocolle ein nothwendiges Erforderniß der Glaubwürdigkeit ihres Inhaltes und erachtet, bei fehlender Bemerkung darüber, den der sie als geschehen behauptet, zur Nachweisung verbunden. Civ. Proz. Ordn. Ausg. v. 1830 S. 35.

den Kläger über diese Mängel zu belehren und zu deren Beseitigung anzuweisen, oder das ihm, als Richter, von Amtswegen Obliegende, wie die Bestellung eines Curators, Beistandes, für den Kläger oder den Beklagten, ungesäumt zu bewerkstelligen; — wenn er dagegen findet, daß die Klage entweder noch zur Zeit unstatthaft oder überhaupt rechtlich ganz unbegründet sey, — dieselbe noch zur Zeit oder gänzlich abzuweisen. [4])

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. IV. §. 4.

§. 8.

Verfügung auf die Klage. Ist, in Fällen des mündlichen Verfahrens, die Klage zu Protocoll genommen und waltet keiner der im §. 7. bemerkten Mängel ob; so soll der Richter auf einen der nächsten Gerichtstage oder, nach Umständen, auf einen anderen früheren Tag, Termin zur Verhandlung zwischen beiden Theilen anberaumen und in der, an den Beklagten zu erlassenden Ladung, die Ursache derselben, so wie den Namen und Wohnort des Klägers deutlich ausdrücken.

Bei schriftlichem Verfahren wird dem Beklag-

---

[4]) Dieses erscheint wenigstens mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, mit dem Geist der Civ. Proz. Ordn., so wie der V. O. v. 17. März 1797 und 8. März 1815 über die Gründe der Nichtigkeit richterl. Urtheile, übereinstimmend.

ten das Duplicat der Klage, mittelst Decrets, [5]) zugefertigt und werden beide Theile zum Versuch der Güte vorgeladen.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. II. §. 1. Tit. III. §. 2.

§. 9.

Versuch der Güte. Es soll sowohl im Anfang der Verhandlung, als auch jedesmal vor Eröffnung eines Erkenntnisses, vom Richter die Güte versucht und, ob sie zu Stande gekommen oder nicht, im Protocoll bemerkt werden. Kommt gütliche Beilegung der Sache zu Stande; so wird dieß

---

[5]) Nach einem Erlaß des Hofgerichts zu Darmstadt vom 24. September 1828 soll von Seiten der Untergerichte auf alle schriftliche Eingaben binnen 3 Tagen Entschließung erfolgen und dieselbe spätestens binnen 8 Tagen expedirt und insinuirt seyn. Civ. Proz. Ordn. Ausg. v. 1830 Seite 40.

Die Insinuation der unterrichterlichen Verfügungen an die Partheien geschieht im allgemeinen durch den Gerichtsdiener, der eine Bescheinigung darüber zu den Akten zu bringen hat. An die Anwälte geschieht sie auf gleiche Weise oder auch durch die Post, gegen eine zu den Akten zu bringende Bescheinigung. In wichtigen Fällen wird die Verfügung an das Hofgericht zum Behuf der Insinuation, übersendet. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 Seite 68.

in folgender Form: „Nachdem in Sachen N. gegen NN. beide Partheien sich in Güte dahin verglichen, daß ꝛc. als wird es dabei gelassen und beide Theile, diesem nachzuleben, angewiesen;“ loco confirmationis in einen Bescheid gefaßt und dieser beiden Theilen eröffnet.

Civ. Proz. Ordnung Th. I. Tit. I. §. 4. 5. Tit. III. §. 3. Tit. VI. §. 1.

§. 10.

Dilatorische Einreden. Nach vergeblichem Versuch der Güte ist, in so fern es nicht bereits auf Anbringen der Klage geschah oder geschehen konnte, zur Beseitigung der vom Beklagten vorgeschützten dilatorischen Einreden das Erforderliche zu verfügen, insbesondere der, gegen Ausländer, die im Inlande nicht mit Immobilien ansäßig sind, begründeten Einrede der Cautionsleistung wegen der Kosten oder wegen etwa statt findender Widerklage.

Civ. Proz. Ordn. Theil I. Tit. III. §. 3.

§. 11.

Dauer der Fristen. Die Prozeßordnung schreibt zwar vor: daß die Fristen, mit Ausnahme der, auf 14 Tagen bestimmten Beweisfrist, nicht über 8 Tage, vom Tag der Insinuation des Decre-

tes an, dauern, und nicht mehr als zum zweitenmal, und auch dieses nur aus erheblichen Gründen, erstreckt werden sollen; — die, durch Entscheidung des höchsten Gerichts bestätigte Praxis jedoch erkennt in der Vorschrift der Prozeßordnung lediglich eine Adoption der Regel des gemeinen Prozesses, wornach jedesmal drei Fristen statt finden, von denen erst die dritte peremtorisch ist. [6])

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. I. §. 10. Tit. III. §. 4. Ausg. v. J. 1830 Seite 29. 136 Note *).

§. 12.

Schluß der Verhandlungen. Die Verhandlungen gehen stets nur bis zur Duplik, worauf dieselben geschlossen werden.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. II. §. 2. a. E. Tit. III. §. 4.

§. 13.

Folgen des Ungehorsams. Der Ungehorsam hat für den, der ihn verschuldet, stets

---

[6]) Der Verordnung vom 11. Januar 1812 §. 1. V. O. Samml. Nr. 13. wegen Abschaffung der dilatorischen Termine, wird keine Anwendung auf die Untergerichte gegeben. S. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 Seite 136 Note *).

Verurtheilung in die dadurch verursachten Kosten zur Folge. Dabei werden die von der einen Parthei zur Begründung ihrer Ansprüche vorgebrachten Thatsachen (Facta), welche die andere, peremtorisch zur Erklärung aufgeforderte, ganz unbeantwortet läßt, als von letzterer eingestanden betrachtet. Wenn daher die Klage mehre Punkte in sicht faßt und

a.) einer oder einige derselben bleiben unbeantwortet; so gelten diese für eingestanden;

b.) contestirt dagegen der Beklagte zwar litem, aber nur allgemein, indem er z. B. der Klage überhaupt widerspricht; so wird ihm, zur Einlassung auf jeden Punkt, eine Frist, unter dem Rechtsnachtheil des Eingeständnisses, aberaumt;

c.) antwortet der Beklagte auf alle oder einige Klagpunkte dunkel und unbestimmt; so wird ihm, unter demselben Rechtsnachtheil, eine Frist zu deutlicher und bestimmter Einlassung anberaumt.

Diese Vorschriften finden auch vollkommene Anwendung auf alles fernere faktische Vorbringen der Partheien bei Einreden, Repliken [7]) u. s. w.

V. O. vom 17. März 1797 §. 1. — Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. IV. §. 2.

---

[7]) Die in der Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. IV. §. 2.

§. 14.

Abwendung dieser Folgen. Durch bescheinigte zulängliche (unvermuthet und unhintertreibliche) Verhinderungsgründe werden die Folgen des Ungehorsams abgewendet und demgemäß findet, wenn dieselben bereits zuerkannt sind, dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt. Ein rechtlicher Grund für diese Wiedereinsetzung ist stets vorhanden, wenn die Versäumniß blos durch die Schuld des Anwaltes, dessen sich die Parthei bediente, verursacht worden.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. IV. §. 1. 2. Verordnung vom 11. Januar 1812 §. 10. V. O. Samml. Nr. 13.

---

wegen Ungehorsams verordneten Strafen von 1 und mehr Gulden, finden jetzt nur noch gegen Anwälte und andere Vertreter statt, die, ihrer Vollmacht zuwider, Versäumnisse begangen haben, ohne sich durch Nachweisung unvermutheter und unhintertreiblicher Hindernisse rechtfertigen zu können. In Beziehung auf Anwälte ist diese Strafe durch Verordnung vom 11. Januar 1812 §. 10. V. O. Samml. Nr. 13. auf 2—10 Reichsth. verschärft worden s. Civ. Pr O. Ausg. v. 1830 Seite 41 u. f. — Dagegen ist nicht anzunehmen, daß der Anwalt durch begangene Versäumniß noch außerdem die Befugniß verwirke, ferner in der Sache zu handeln, zumal da hierdurch zugleich die Par-

§. 15.

Urtheil. Wenn, nach geschlossener Verhandlung, die Sache zum Endurtheil reif erscheint; so soll dieses alsbald ertheilt werden. [8]) Wird, auf geschlossene mündliche Verhandlung, interloquirt; so ist die Sache dergestalt einzuleiten, daß sie entweder im nächsten Termin oder in dem auf diesen folgenden endlich entschieden werden könne.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. II. §. 3.

§. 16.

Beweisfrist. Wird auf Beweis erkannt, so läuft, zur Antretung desselben, eine 14tägige, peremtorische Frist, die erst von dem Zeitpunkt anfängt, da das Beweiserkenntniß in Rechtskraft übergegangen ist.

Ist der Beweisführer, vermöge bescheinigter,

---

thei ohne allen rechtlichen Grund in der Wahl ihres Rechtsbeistandes beschränkt werden würde.

[8]) Ein Erlaß des Gh. Hofg. zu Darmstadt vom 24. September 1828 schreibt den Untergerichten vor: daß, nach geschlossener schriftlicher Verhandlung, die Entscheidung binnen 4 Wochen, nach geschlossener mündlicher aber binnen 8 Tagen erfolgen solle. Liegen Gründe vor, die dieß verhindern; so sind sie zu den Akten zu bemerken. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 Seite 34 39.

von ihm nicht zu beseitigender Hindernisse, außer Stande, den Beweis zur rechten Zeit anzutreten; so soll die Beweisfrist, auf zeitliches Nachsuchen darum, auf anderweite 14 Tage erstreckt werden.

Wird gegen ein Beweiserkenntniß des Unterrichters ein Rechtsmittel an das höhere Gericht ergriffen; so fängt die Beweisfrist erst von dem Zeitpunkt zu laufen an, da das erfolgte Erkenntniß des höheren Gerichts die Rechtskraft erlangt hat.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. V §. 2. — Verordnung vom 20. Juni 1805. — Gem. Besch. des Hofg. in Darmstadt vom 30. April 1819. — Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 S. 50 u. f.

§. 17.

Beweisführung a.) durch Zeugen (Artikeln und Fragstücke). Wird Beweis durch Zeugen angetreten, so werden, bei mündlicher Verhandlung, die Zeugen summarisch, ohne daß die Partheien förmliche Artikeln und Fragstücke aufstellen, die in diesem Fall der Richter von Amtswegen zu bilden hat, abgehört. Bei schriftlicher Verhandlung ist es verstattet, daß die Partheien Artikeln und Fragstücke übergeben, nicht aber erforderlich. Die Zeugen werden eidlich abgehört, es sey denn, daß die Partheien auf die Beeidigung Verzicht leisten. [9])

---

[9]) Verschiedene Gerichtspräjudicien hinsichtlich des

zum Akt der Zeugenbeeidigung, welcher nach der Abhör erfolgt, (s. §. 18. Nr. 15.) werden die Partheien monitorisch geladen.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. V. §. 4. 5. 6.

§. 18.

Zeugenabhör. Hinsichtlich der Zeugenabhör enthält die Verordnung vom 3. März 1797 wörtlich folgende ausführliche Bestimmungen:

1) Wenn jemand Zeugniß in einer Sache abzulegen, vorgeladen wird, so ist ihm der Gegenstand, welchen das Zeugniß betrifft, der Regel nach nur im allgemeinen bekannt zu machen. Ist jedoch von solchen Factis die Rede, welche sehr verwickelt, oder vor langer Zeit geschehen sind, auch allenfalls zu vermuthen, daß der Zeuge schriftliche Nachrichten darüber besitze; so sollen demselben die Artikeln und Fragstücke bei der Ladung mitgetheilt und er dadurch in den Stand gesetzt werden, gehörig vorbereitet zu antworten.

2) Bei den Aemtern muß der Beamte selbst das Verhör vornehmen und es nicht dem Amtsschreiber allein überlassen. Bei den höheren Collegiis hat jedesmal der zu der Sache bestellte Referent mit Zuziehung eines Secretarii die Abhör zu verrichten.

Zeugenbeweises s. in d. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 Seite 157 — 160.

3) Sollte indessen, der dadurch zu verursachenden Kosten oder anderer Umstände wegen, es nicht thunlich seyn, daß der Referent die Abhör selbst vornehme, und daher ein Commissarius ernannt werden müssen; so sind diesem die sämmtlichen Akten, um sich daraus hinlänglich zu unterrichten, mitzutheilen.

4) Es muß nämlich vor dem Verhör der Examinant die Akten genau lesen und sich daraus informiren, worauf es bei der Sache eigentlich ankomme, wie ein und der andre Theil das factum erzählt habe, was davon schon erwiesen und eingestanden ist u. s. w.

5) Jeder Zeuge ist vor der Abhör ernstlich zu ermahnen, daß er die Wahrheit rein und unverfälscht sage und ihm anzudeuten, daß er seine Aussage, so wie sie niedergeschrieben, ihm vorgelesen und von ihm genehmigt worden, sofort mit einem leiblichen Eide bestärken müsse, auch ihm die Eidesformel selbst vorzulesen und die Wichtigkeit des Eides zu erklären.

6) Wenn ein oder der andere Theil es verlangt, daß einem Zeugen diese Wichtigkeit des Eides von seinem Seelsorger eingeschärft werde; so soll ihm darin, wofern es der Richter für nöthig hält, auf seine Kosten willfahrt werden. Auch kann in wichtigen Fällen der Examinator, wenn er es nothwendig

wendig erachtet, von Amtswegen eine solche Avisation veranstalten.

7) Bei solchen Prozessen, wo es auf Localumstände ankommt, z. B. über Waldungen, Grenzen, Dienstbarkeiten u. s. w. sollen die Zeugen von dem Examinanten an Ort und Stelle des Streitgegenstandes geführt, ihnen die Artikeln und Fragstücke vorgelegt und sie darüber dergestalt verständiget werden, daß sie sich von dem Gegenstand einen hinlänglichen Begriff machen und des Nöthigen sich erinnern können. Auch ist, wo es zu mehrer Aufklärung der Sache erforderlich ist, ein geometrischer Riß mit zur Stelle zu nehmen und den Zeugen vorzulegen, sofort die Linien und Punkte, worauf es ankommt, und worüber die Zeugen deponiren sollen, in dem Abriß mit Buchstaben zu bezeichnen, und alles so zu veranstalten, daß die Zeugenaussage durch den Riß, und dieser umgekehrt durch jene erläutert werde.

8) Weder die Partheien, noch deren Anwälte dürfen bei jenem, blos zur Information des Richters und der Zeugen vorzunehmenden Augenschein und der Abhör selbst, gegenwärtig seyn.

9) Jede Frage, wo es nöthig erachtet wird, ist dem Zeugen hinlänglich zu erläutern, sodann die Antwort mit des Zeugen eignen Worten und zwar in erster Person, und nicht stylo relativo niederzuschreiben. Es sollen auch künftig die Antwor-

ten nicht mit nescit, affirmat, negat, refert se und dergleichen ausgedrückt werden.

10) Wenn ein Zeuge bei der Antwort stockt, variiret, furchtsam oder verwirrt antwortet, in Affect geräth u. d. gl. so soll der Examinant dieses im Protocoll bemerken, aber auch davon Gelegenheit nehmen, den Zeugen seines Eides zu erinnern und zu einem aufrichtigen Bekenntniß der Wahrheit aufzufordern.

11) Ist die Antwort eines Zeugen dunkel, unbestimmt, zur Frage nicht passend, oder widersprechend, insonderheit auch, wenn nicht erhellet, aus welchem Grunde der Zeuge etwas behaupten oder aussagen könne; so soll der Richter von Amtswegen durch weitere Fragen diesen Mängeln abzuhelfen suchen und es in dem Protocolle mit den Worten: ex officio quaesitus etc. anmerken.

12) Ueberhaupt hat der Examinant das Recht und die Obliegenheit, über alle Umstände, welche zur Sache dienen, Fragen an die Zeugen zu thun, wenn gleich die Artikeln und Fragstücke auf diese Umstände nicht gerichtet sind.

13) Im Fall, daß ein Zeuge angiebt, er wisse einen Umstand nicht, oder er habe denselben vergessen, diese Unwissenheit oder Vergessenheit aber unglaublich und für verstellt zu halten ist; so muß der Examinant solches dem Zeugen zu Gemüthe führen und ihn erinnern, daß er sich nicht nur durch

eine falsche Aussage, sondern auch durch Verschweigung der Wahrheit eines Meineides schuldig mache.

14) Sobald der Zeuge einen Artikel oder ein Fragstück beantwortet hat, muß ihm die Frage nebst der Antwort nochmals vorgelesen werden, um zu sehen, ob er die niedergeschriebene Antwort genehmige, und wenn es geschieht, solches durch die Buchstaben f. p. r. (facta praelectione ratihabuit) bemerkt werden. Wenn er angiebt, daß er nicht recht verstanden worden sey, so ist die erste Antwort im Protocolle auszustreichen und die zweite dafür hinzuschreiben. Nimmt hingegen der Zeuge die erste Antwort ganz zurück und giebt eine andere, von jener verschiedene, so bleibt die erste im Protocoll stehen und wird dabei bemerkt, daß und warum der Zeuge die Antwort bei der Vorlesung zurückgenommen, und wie er seine Aussage abgeändert habe.

15) Wenn das Zeugenverhör geschlossen ist und nunmehr zur Beeidigung geschritten werden soll; so sind dem Zeugen nochmals alle Artikeln, Fragstücke und Antworten vorzulesen, und diesem vorgängig ist jeder Zeuge einen körperlichen Eid abzulegen schuldig, „daß er auf alle ihm vorgelegte Fragen nach seinem besten Wissen und Gewissen geantwortet, in keinem Stück eine vorsätzliche Unwahrheit gesagt, oder etwas absichtlich verschwiegen habe.“

16) Die Warnung vor dem Meineid kann mit sämmtlichen Zeugen auf einmal geschehen, wenn

nicht bei einem oder dem andern die Avisation durch einen Geistlichen verlangt, oder ex officio für nothwendig erachtet wird. Die Eidesabnahme und Leistung selbst aber soll mit jedem Zeugen besonders und nicht mit mehren zusammen vorgenommen werden.

17) Findet der Examinant Widersprüche in den Depositionen, so ist er nicht nur befugt, sondern auch verbunden, noch vor der Beeidigung der Zeugen dieselben gegen einander zu stellen, ihnen ihre widersprechenden Aussagen vorzuhalten und zu protocolliren, wie und womit ein jeder die seinige gegen den Widerspruch des andern vertheidigt habe. Erst alsdann, wenn dieses geschehen ist, wird zur Beeidigung in Gegenwart der Partheien oder der Anwälte geschritten.

18) Findet auch der Richter nach der Publikation der Zeugenaussagen noch Dunkelheiten oder Widersprüche, welche der Examinant nicht aufzuklären oder zu heben gesucht hat, so sind die Zeugen nochmals vorzufordern und die nöthigen Erklärungen von ihnen zu verlangen.

19) In den Rotul ist der vollständige Inhalt des Protocolls mit allen Erläuterungen, Variationen u. s. w. einzutragen.

§. 19.

Impugnation und Salvation. Wenn die Zeugen abgehört sind, so werden ihre Aus-

sagen in einen Rotul gebracht, welcher sodann den Partheien publicirt und, auf Verlangen, in Abschrift zugefertigt wird. Auch kann in diesem Akt der Producent, unter kurzer Anzeige seiner Intention und Bitte, noch dienliche Documente, sub poena rejectionis, übergeben. Hierauf wird jeder Parthei noch eine einzige Handlung, nämlich zuerst dem Producten eine Impugnation, sodann dem Producenten eine Salvation, nachgelassen, und damit das Verfahren geschlossen.

Civ. Proz. Ordn. Th. I. Tit. V. §. 7.

§. 20.

Beweisf. b.) durch Urkunden. Im Fall einer Beweisführung durch Urkunden, [10]) sind diese in beglaubigter Abschrift entweder sogleich mit der Klage oder Exception, oder jeden Falls im Lauf der Beweisfrist bei Gericht zu übergeben, worauf, nach eingeleitetem Beweisverfahren, alsbald Termin zur Production der Originalien und zur mündlichen Verhandlung wegen Agnition oder Diffession derselben, anberaumt wird. [11])

Civ. Proz. Ordn. Th. II. Tit. V. §. 11.

---

[10]) Ueber die Beweiskraft der Urkunden siehe Civ. Proz. Ordn. Ausg. vom Jahr 1830 Seite 163 bis 168.

[11]) Nach der Praxis des Hofgerichts in Darmstadt bleibt dem, der einen Beweis mittelst einer in den Händen eines Dritten befindlichen Urkunde antreten will, wenn er innerhalb der Beweisfrist

§. 21.

Beweisf. c.) durch Eideszuschiebung. Bei dem Beweis durch Eideszuschiebung bringt zunächst der Deferent die Eidesformel in Antrag; macht der Gegentheil Einwendungen gegen dieselbe, so wird darüber vom Richter entschieden und die Eidesformel durch ein Erkenntniß festgesetzt. [12])

Der Beweis durch Eideszuschiebung ist zwar im allgemeinen an den gewöhnlichen Beweistermin gebunden; sind jedoch andere Beweismittel vergeblich angewendet worden, so läßt die Praxis die Eideszuschiebung noch bis zum Schluß des Beweisverfahrens zu, nicht mehr aber wenn einmal das richterliche Erkenntniß über die Beweisführung eröffnet worden ist. [13])

---

den Dritten auf Edition belangt, diese Frist so lange offen, bis über die Editionsklage Entscheidung erfolgt ist. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 Seite 168.

[12]) Die Vorschrift der Proz. Ordn. Th. I. Tit. V. §. 5. welche den Unterrichtern die Abnahme von Eiden verbietet, ist durch Verordnung vom 3. Januar 1785 in der Verordn. Samml. vom Jahr 1808 Nr. XC. aufgehoben worden.

[13]) Ueber die Formel des Judeneides s. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 S. 60 u. f. Sodann verschiedene Gerichtspräjudicien hinsichtlich des Eides ebendaselbst Seite 150 bis 155.

Wird Streitgenossen, Gemeinden oder sonstigen Corporationen ein Eid zugeschoben; so sind, nach der Praxis des höchsten Gerichts, blos diejenigen Mitglieder zu schwören verbunden, die die beste Kenntniß von der Sache haben. Die Auswahl derselben steht zwar der Corporation oder den Streitgenossen zu, — der Deferent kann aber Einwendungen gegen die getroffene Wahl geltend und andere Mitglieder zum Schwören namhaft machen.

Civ. Proz. Ordn. Ausg. v. 1830 Seite 154 u. f. sodann Seite 57 60 u. f.

§. 22.

d.) Durch Sachverständige. Wird Beweis durch Sachverständige angetreten, so ist jede Parthei befugt, einen solchen zu ernennen, worauf auch das Gericht seiner Seits einen ernennt.[14]) Diese Sachverständigen werden sodann

---

[14]) Gerichtspräjudicien hinsichtlich des Beweises durch Sachverständige s. in d. Civ. Proz. Ordn. Ausg. von 1830 Seite 169. —

Nach der Ansicht des höchsten Gerichts sind die Sachverständigen im allgemeinen als Zeugen, und ihre ausgestellten Gutachten als Zeugnisse zu betrachten, daher zu einem vollen Beweis das Gutachten eines einzelnen Sachverständigen nicht genügt, sondern hierzu das von wenigstens zweien erforderlich ist. S. a a. O. S. 169.

durch das Gericht instruirt und beeidigt und ihnen darauf der Gegenstand ihrer Begutachtung vor Augen gelegt, welche Begutachtung sie entweder sogleich mündlich zu Protocoll zu erklären oder besonders schriftlich erstatten können. Die streitenden Theile werden monitorisch geladen, diesem Akte beizuwohnen.

Civ. Proz. Ordn. Th. II. Tit. V. §. 12.

§. 23.

e.) Durch Augenschein. Augenscheine werden durch den Richter, unter monitorischer Zuladung beider streitenden Theile, so wie mit Zuziehung etwa erforderlicher Sachverständiger, veranstaltet; dabei wird der Befund genau protocollirt und, wenn es zum Verständniß der Sache nöthig erscheint, so werden Abrisse verfertigt und den Akten beigelegt. Ist, nach genommenem Augenschein, der Befund beiden Partheien eröffnet worden, so steht es einer jeden frei, dasjenige schließlich noch vorzubringen, was sie hinsichtlich des Befundes, zur Begründung ihres Anspruchs, für dienlich hält.

Civ. P. O. Th. I. Tit. V. §. 10. Th. II. Tit. V. §. 13. 14.

§. 24.

Publication des Urtheils. Nach erledigter Beweisführung und darauf erfolgtem Akten-

schluß soll der Unterrichter sämmtliche Akten durchlesen und darnach Urtheil fällen; [15]) sodann soll er unter den vorzuladenden Partheien die Güte nochmals versuchen (s. §. 9.) und, wenn sie nicht zu Stande kommt, denselben das Urtheil, unter umständlicher und deutlicher Erklärung der Fatalien, bekannt machen, und daß alles dieses geschehen sey, in dem Protocoll treulich bemerken.

Die Urtheile und Bescheide sollen schriftlich abgefaßt [16]) und denselben jedesmal die wesentlichsten Entscheidungsgründe, in bündiger Kürze und mit möglichster Bestimmtheit und Klarheit eingerückt oder angehängt werden, bei Strafe von 5 fl. für jede Unterlassung.

Civ. Pr. O. Th. I. Tit. VI. §. 1. 2. Ausg. v. 1830 S. 67 68 69 70.

§. 25 a.

Rechtsmittel. a.) Appellation b.) Nichtigkeitsbeschwerde. Die, gegen unterrichterliche Erkenntnisse statt findenden Rechtsmittel sind: Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde, welche beide stets Suspensiv- und Devolutiv-Effekt

---

[15]) Ueber die Zeit in welcher dieses geschehen soll, siehe die Note [8]) zum §. 16.

[16]) Mündliche Bescheide sind, nach Präjudiz des höchsten Gerichts, nichtig. C. P. O. Ausg. 1830 S. 71.

zugleich haben und binnen 10tägiger Nothfrist von der Zeit der Publication des beschwerenden Erkenntnisses an gerechnet, bei dem Unterrichter eingewendet, und binnen 20tägiger Nothfrist von demselben Zeitpunkt an gerechnet, bei dem höhern Gericht eingeführt werden müssen. Zur Appellation gegen ein unterrichterliches Erkenntniß ist noch außerdem erforderlich, daß der Streitgegenstand an Capitalwerth wenigstens 20fl. betrage. [17]) Personen jedoch, die zum Armenrecht zugelassen sind, ist die Appellation auch bei einem Streitgegenstand von geringerem Werthe verstattet. Bei Dingen, die sich nicht schätzen lassen, z. B. Injurien, hat der Appellant durch Handgelöbniß an Eides Statt zu erhärten: „daß er lieber 20 fl. verlieren, als die Beleidigung erdulten, oder das ihm durch das Urtheil Aberkannte aufgeben wolle." — Die Nichtigkeitsbeschwerde erfordert keinen bestimmten Werth des Streitgegenstandes.

Die Entlassungsurkunde soll der Unterrichter sogleich auf geschehene Einwendung eines Rechtsmittels ausfertigen. Dieselbe enthält:

1) den Tag der Eröffnung des Erkenntnisses;
2) die Bescheinigung, daß das Rechtsmittel zur gehörigen Zeit eingewendet worden;

---

[17]) Auch bloß der Kosten wegen kann appellirt werden, wenn sie die Appellationssumme erreichen. Civ. P. O. Ausg. von 1830 S. 120.

3) im Fall der Appellation, — die Bescheinigung, daß der Streitgegenstand den appellabelen Werth habe.

Civ. P. O. Th. I. Tit. VII. §. 1. 2. 3. 5. ferner Th. II. Tit. II. §. 2. Ausg. v. 1830 S. 72 74 76 u. f. S. 119 120 — V. O. vom 8. März 1815 §. 2. 4. 5. 11. V. O. S. Nr. 11.

§. 25. b.

Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen richterliche Erkenntnisse, welche deren Aufhebung und die Verurtheilung des Richters in die Kosten bezweckt, wird, nach den Gesetzen, durch folgende Voraussetzungen begründet:

1) wenn ein solcher Mangel an der Person des Richters erscheint, daß derselbe zu seinem Amte physisch unfähig, bestochen, aus rechtmäßigen Gründen recusirt oder incompetent gewesen;

2) wenn ein solcher Mangel auf Seiten der streitenden Theile obwaltet, daß eine oder die andere nicht personam standi in judicio gehabt, daß der Kläger nicht ad causam, oder die Anwälte nicht ad processum legitimirt gewesen;

3) wenn es an wesentlichen Stücken des Prozesses fehlt, indem entweder keine Ladung er-

gangen oder die ergangene nichtig ist; keine Litiscontestation geschehen; der Beklagte nicht mit seinen Einreden gehört oder ohne Beweis verurtheilt worden;

4) wenn gegen ein früheres rechtkräftiges Erkenntniß geurtheilt worden ist;

5) wenn das Urtheil etwas Unmögliches oder Widersprechendes enthält.

Sonstige Fehler richterlicher Erkenntnisse geben keinen Grund zur Nichtigkeitsbeschwerde.

Unbegründete Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse der Untergerichte haben für den Quärulanten, außer der Verbindlichkeit zum Kostenersatz, eine, dem Ermessen der Mittelgerichte überlassene Geldstrafe, die jedoch nie unter 5 Gulden betragen soll, zur Folge.

S. Verordn. v. 17. März 1797 §. 21 Ziff. 1. 2. 3. 4. ꝛc. in Verbindung mit der, dieselbe modificirenden Verordn. vom 8. März 1815 §. 1. u. 12. in d. Verordn. Samml. Nr. 11.

§. 26.

c.) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gegen Erkenntnisse der Untergerichte besteht, als ein weiteres devolutives Rechtsmittel, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen neu aufgefundener Thatsachen oder Beweise. Dieses Rechtsmittel, welches im allgemeinen an die ge-

meinrechtlichen Fristen gebunden ist, hat sogar Suspensiveffekt, wenn entweder bei Einwendung und Fortsetzung desselben die gesetzlichen Appellationsfatalien gehörig beobachtet, oder wenn es wenigstens vor gänzlicher Vollstreckung des Erkenntnisses eingewendet und gehörig fortgesetzt worden ist.

Ehe die Restitution auf die vorgebrachten Nova erkannt wird, hat der Implorant den Restitutionseid, dem er sich nicht durch anderweitige Bescheinigung entziehen kann, in folgender Form abzuschwören:

> daß er vor der gerichtlichen Entscheidung [18]) von dem neuen Einbringen nichts gewußt habe, oder wenn ihm solches bekannt gewesen, daß er es, aller angewandten Mühe und Fleißes ohnerachtet, in dem bisherigen Prozeß nicht habe herbeischaffen können.

Civ. P. O. Th. I. Tit. VII. §. 6. Ausg. v. 1830 S. 80. — V. O. v. 12. April 1806 in d. V. O. Samml. Nr. 90.

§. 27.

Verfahren bei Vollstreckung des Erkenntnisses. Zum Zweck der Vollstreckung eines in Rechtskraft übergegangenen Erkenntnisses findet nachbemerktes Verfahren statt:

---

[18]) D. h. vor der Entscheidung des Untergerichts, wogegen das Rechtsmittel der Restitution angewendet wird.

§. 28.

a.) Im allgemeinen. Dem verurtheilten Schuldner wird vorerst eine 8 bis 14tägige Frist anberaumt, dem Urtheil nachzuleben.

Civ. P. O. Th. I. Tit. VIII. §. 1.

Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist soll, auf Anrufen des Gläubigers, ohne Anwendung eines Executanten, sogleich zur wirklichen Auspfändung geschritten und dabei im allgemeinen folgende Ordnung beobachtet werden:

1) Die zur Erhaltung des Schuldners und seiner Familie nicht unumgänglich nöthigen Mobilien und Effekten, Frucht- und Wein-Vorräthe müssen vorzugsweise abgepfändet werden;
2) wenn diese nicht hinreichen; so ist, nebst denselben, auch noch von dem entbehrlichen Vieh so viel als nöthig, hinwegzunehmen.
3) Erst wenn auch hierdurch die Schuld nicht gedeckt wird, darf das unentbehrliche Vieh des Schuldners angegriffen, — jedoch soll, wenn derselbe ein schicklicheres anderes Unterpfand vorzuschlagen weiß, aus dessen Erlös die Schuld ohne Aufschub getilgt werden kann, auf dessen Wünsche billige Rücksicht genommen und hierdurch die Wahl der Pfänder abgeändert werden.
4) Wenn auch dieses den Betrag der Schuld noch

nicht erschöpft; so ist zur Versteigerung eines Grundstücks zu schreiten. (s. §. 29.)

5) Die zur Erhaltung des Schuldners und seiner Familie unumgänglich nothwendigen Bedürfnisse, namentlich die Oefen der Wohnzimmer, seine und seiner Familie nothdürftigen Kleider, sein unentbehrliches Bettwerk, sein nothdürftiges Handwerksgeräthe, so wie die Landwehr-Armatur- und Montirungsstücke können unter keinen Umständen weggepfändet, sondern müssen auch dem Aermsten gelassen werden.

6) Wenn ein Unterthan so weit herunter gekommen, daß er auf die eben genannten nothwendigsten Bedürfnisse zurückgebracht ist; so kann eine neue Auspfändung gegen ihn nicht eher verhängt werden, als bis bekannt ist, daß er sich wieder im Besitz eines schicklichen Pfandungsgegenstandes befinde.

Verfügung an die Hofkammern wegen Beitreibung herrschaftl. Rückstände, welche, nach Minist. Rescr. v. 3. Jan. 1816 an die Hofgerichte zu Darmstadt und Gießen, auch bei Auspfändungen auf Privatforderungen in Ausübung gebracht werden soll. S. Civ. P. O. Ausg. von 1830 Seite 306.

§. 29.

b.) Auspfändung auf Immobilien.

Bei nöthig gewordener Auspfändung auf Immobilien ist Folgendes zu beobachten:

1) Es soll zwischen der Erkennung der Auspfändung und der wirklichen Versteigerung des Grundstücks ein Zeitraum von nur 6 Wochen statt finden.

2) Bei Erkennung der Auspfändung soll der Tag bestimmt werden, an welchem das Grundstück öffentlich versteigt werden und der Zuschlag unwiderruflich geschehen soll. [19])

3) Die Versteigerung eines solchen Guts soll dreimal öffentlich bekannt gemacht werden. Die erste Bekanntmachung wird gleich am Tage der erkannten Versteigerung beschlossen und erfolgt sogleich; die zweite erfolgt nach 14 Tagen; die dritte nach 4 Wochen.

In Ansehung der Art der Bekanntmachung und der Orte, wo sie geschehen muß, wird es bei den deßfalls bestehenden örtlichen und gesetzlichen Bestimmungen und Gewohnheiten belassen.

---

[19]) Nach den, durch das Hofgericht in Darmstadt befolgten Grundsätzen, ist bei Versteigerungen von Immobilien, welche, Schulden halber, zum Zweck der Execution geschehen, der Zuschlag unwiderruflich zu ertheilen, selbst dann, wenn das Gebot die Hälfte des Schatzungswerthes nicht erreicht, weil sonst der Hauptzweck des Gesetzes verfehlt werden würde. S. Civ. P. O. Ausg. v. 1830 S. 304 Note.

4) Nach diesen Vorschriften hört das, in einigen Theilen unseres Landes bestehende Herkommen, daß bei gezwungenen Veräußerungen oder auch Veräußerungen unbeweglicher, Minderjährigen gehöriger Güter, die Versteigerung dreimal geschieht, ganz auf.

5) Da wo ganze und größere Güter Gegenstand der Execution sind und sich entferntere, wohl auch auswärtige Kaufleute vorfinden mögten, bleibt es, weil alsdann die Bekanntmachung umfassender seyn muß und also mehr Zeitaufwand erfordert, dem Ermessen des exequirenden Richters überlassen, nach den Umständen und seiner Bekanntschaft mit den örtlichen Verhältnissen, die Versteigerung über den zu 1) bemerkten Termin weiter hinauszusetzen.

S. Verordn. v. 21. Febr. 1812. V. O. Samml. Nr. 35.

§. 30.

Schluß. Wenn, bei statt gefundener gerichtlicher Zwangsversteigerung von Immobilien, namentlich auch von Specialhypotheken, niemand bietet, und der Gläubiger auch nicht warten, noch sich mit der Nutznießung der Güte begnügen will; so werden ihm, bis zum Betrag seiner Forderung, Güterstücke nach dem Schatzungswerth adjudicirt, wobei

er den etwaigen Mehrbetrag an den Schuldner herauszuzahlen hat.

Civ. P. O. Th. I. Tit. VIII. §. 7. 8.

Will der Gläubiger sich diese Adjudication nicht gefallen lassen und sind die Gebote durch Kabale der Gemeinde vereitelt worden; so haftet die Gemeinde von diesem Momente an für die Schuld, und muß, bei Vermeidung der Execution, Zahlung leisten, wogegen ihr das Unterpfand dergestalt zu überlassen ist, daß dem Schuldner das Reluitionsrecht unbenommen bleibt und, falls von diesem kein Gebrauch gemacht wird, das Gut von der Gemeinde, als Gemeindegut, so lange benutzt wird, bis sich ein annehmlicher Käufer findet, dem das adjudicirte Gut überlassen werden kann. — Wenn aber der Grund eines nicht erfolgten Gebotes nicht in Kabalen einer Gemeinde, sondern in andern Verhältnissen und namentlich in den Vermögensverhältnissen eines Orts liegt und aufgefunden wird; so soll das Gut der Gemeinde zu 3 Procent verzinslich so lange zum Bauen überlassen werden, bis sich für dasselbe ein Käufer findet.

Verordn. v. 2. Septbr. 1771 und 1. März 1777 in Verbindung mit den durch die Verordn. v. 21. Febr. 1812 bewirkten Modificationen.

II.

Die Grundzüge des peinlichen Prozesses nach Inhalt der Carolina, sodann der Hessen-Darmstädtischen peinlichen Gerichtsordnung vom Jahr 1726 und des neueren Inquisitionsverfahrens im Großherzogthum Hessen.

Vom Advocaten Rühl in Darmstadt.

1.

Die Carolina (Hals- oder peinliche Gerichtsordnung des Kaisers Karl V. vom Jahr 1532) kennt keine Trennung der peinlichen Gerichtsbarkeit und der sie ausübenden Gerichte in solche, welche die Ausmittelung der Verbrechen und die Ueberführung der Verbrecher zum Gegenstand haben, und in solche, welche über das Resultat der Thätigkeit jener rechtlich urtheilen und entscheiden; sondern beide Functionen der Gerichtsbarkeit werden bei einem und demselben Gericht als vereinigt vorausgesetzt, welches bestehen soll: aus einem Richter, mehren Schöffen oder Urtheilssprechern, und einem Gerichtsschrei-

ber, deren aller Gegenwart zu jedem gerichtlichen Akte erforderlich ist. Dabei wird dieses Gericht, in allen Fällen sich darbietender Schwierigkeiten und Zweifel, an den Rath der Rechtsverständigen d. h. der Kenner des römischen Rechts verwiesen. [1]) (s. Art. 1. — 5. Art. 92. — 96.)

Die Carolina zerfällt, ihrem Inhalt nach, in zwei Hauptheile, wovon der erste von Art. 1. bis 103. vom gerichtlichen Verfahren handelt und die

---

[1]) Die Schöffen waren Leute aus dem Volke, nach deren Ueberzeugung und Urtheil, — geschöpft aus genauer Kenntniß der Art und Sitte des Volks nud aus dem lebendigen Gefühl der dem Volksgeist entsprechenden Billigkeit und Gerechtigkeit, — in vorkommenden Fällen die Fragen über Recht und Unrecht und über Bestrafung des letztern entschieden wurden. Diese Art der Rechtsprechung war der Einfachheit der Verhältnisse und Formen des Lebens nnsrer Vorfahren ganz angemessen und daher vollkommen zweckgemäß und zureichend. Als aber, bei fortschreitender Cultur, die gesellschaftlichen Verhältnisse vielfältiger und verwickelter zu werden anfingen und dadurch die Quellen der Ueberzeugung der Schöffen durch Ungewißheit und Zweifel getrübt wurden; so sah man sich genöthigt, bei den Kennern des allmählig in Aufnahme kommenden römischen Rechts Rath und Aushülfe zu suchen, an die daher die Schöffen in zweifelhaften und schwierigen Fällen verwiesen werden.

eigentliche Prozeßordnung bildet, der zweite dagegen meist Strafbestimmungen enthält, mithin als Strafcodex zu betrachten ist.

Jener erste Haupttheil bietet eine zweifache Art des Verfahrens zur Ausmittelung von Verbrechen und Ueberführung der Verbrecher dar, nämlich

1) ein rein inquisitorisches, [2]) und

2) ein mit Anklage vermischtes.

Zu 1) Wenn nämlich, ohne Auftreten eines öffentlichen Anklägers, jemand durch gemeinen Leumuth eines Verbrechens bezüchtigt oder auf sonstige Weise glaubhafter Verdacht gegen ihn erhoben wird; so soll der Richter von Amtswegen jede sachgemäße Erkundigung einziehen und die geeigneten Mittel

---

[2]) Der Inquisitionsprozeß, sowohl den Römern als den alten Deutschen unbekannt, ist ohne Zweifel eine Nachahmung des Verfahrens der geistlichen Inquisitionsgerichte, welches darauf berechnet war, durch jedes, der menschlichen Klugheit, List und Grausamkeit sich darbietende Mittel die hierarchische Orthodoxie aufrecht zu erhalten und die sogenannte Ketzerei zu vertilgen. Dieser Mißbrauch der Kirchengewalt fand, durch den Einfluß der Geistlichkeit im Mittelalter, auch in den weltlichen Gerichten Deutschlands und anderer Länder Eingang. Wo der Einfluß der Geistlichen zurückgewiesen ward, wie in England, da kam der Inquisitionsprozeß in den weltlichen Gerichten nie in Aufnahme.

zur Enthüllung der Wahrheit in Anwendung bringen, den Verdächtigen erst einfach abhören, nach ermitteltem Thatbestand aber und wenn zugleich redliche und genugsame Anzeige und Vermuthung gegen den Beschuldigten glaubhaft gemacht worden, zur peinlichen Frage oder Folter schreiten. (s. Art. 6. — 10.

Zu 2) Tritt dagegen ein Ankläger auf, so liegt dem Richter zunächst von Amtswegen das nämliche zu thun und zu beobachten ob, wie in dem vorhergehenden Fall, nur daß ihm der Ankläger mit den demselben bekannten Mitteln an die Hand geht. (s. Art. 19. 20. 22. 23. 181. — 187.) Wird aber hierdurch die Ueberführung des Angeklagten nicht bewirkt, so steht es dem Ankläger frei, den Beweis auf anderem Wege zu führen, z. B. durch Zeugen, welche über die, von dem Ankläger aufzustellenden Artikeln abgehört werden. (Art. 62. — 74.) Dabei ist der Ankläger verbunden Caution zu leisten, daß er die Anklage gehörig beweisen oder, im entgegengesetzten Fall, den Angeklagten wegen der verursachten Kosten und sonstigen Nachtheile vollkommen schadlos halten, ferner daß er die Anklage, nach Vorschrift der Carolina, bis zum Ausgang der Sache fortsetzen werde. (Art. 11. — 15.).

Im übrigen enthält der erste Hauptheil der Carolina meist nur noch Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen die peinliche Frage statt finde

und was sowohl bei, als nach deren Anwendung beobachtet werden solle.

2.

Die Hessen-Darmstädtische peinliche Gerichtsordnung vom Jahr 1726 [3]) weicht von der Carolina hauptsächlich in folgenden Punkten ab:

A.) sie setzt voraus, daß die richterliche Function der Ausmittelung von Verbrechen und Ueberführung der Verbrecher, von derjenigen der rechtlichen Beurtheilung und Entscheidung über das Resultat der Thätigkeit jener getrennt und daß jede dieser Functionen besonderen richterlichen Behörden überwiesen sey. (P. G. O. Tit. IX. §. 2. Tit. XV. §. 11.)

B.) Dieselbe kennt nur eine Art des gerichtlichen Verfahrens und zwar eine gemischte, die dabei in zwei Abtheilungen, nämlich in die Generalinquisition und in den ordentlichen peinlichen Prozeß, zerfällt, welche beide ebenfalls Obliegenheiten verschiedener Gerichtsbehörden bilden.

Die Generalinquisition geschieht im allgemeinen durch die gewöhnlichen Civilrichter 1ster In-

---

[3]) Verfaßt durch den damaligen peinlichen Richter Schmitt in Darmstadt. s. Koch peinl. Gerichtsordn. Kaiser Carl V. 3te Ausg. Gießen 1800 in der Vorrede S. 46.

stanz (Stadt- u. Landgerichte) [4]) nebst einem Actuarius als Protocollführer, und bei manchen Akten, z. B. Localbesichtigungen, Sectionen ꝛc. werden zwei Mitglieder der Gemeindebehörde, als Schöffen, zugezogen. Sie besteht im allgemeinen darin, daß der Richter, auf Anzeige und Verdacht eines vorgefallenen Verbrechens, von Amtswegen schleunig die erforderlichen Schritte thue, um den objectiven Thatbestand auszumitteln, die Verdachtsgründe zu verfolgen, sich der zur Ueberführung des Thäters dienenden Beweismittel zu versichern und auf rechtliche Weise Allem vorzubeugen, was die Enthüllung der Wahrheit vereiteln kann. Die peinl. G. O. enthält in dieser Beziehung folgende nähere Bestimmungen:

1) Bei delictis facti permanentis ist am Ort des vorgefallenen Verbrechens dessen objectiver Thatbestand zu berichtigen, sich der etwaigen Corpora delicti zu versichern, insbesondere ist

a.) bei gewissen Verbrechen, als Diebstahl, Falschmünzen, Mordbrennen, (gefährliche Brandstiftung), nach Maßgabe eines mehr oder minder dringenden Verdachtes gegen gewisse

---

[4]) Die Untersuchungen gegen Standesherrn, Staatsbeamten und Honoratioren geschehen durch besondere Commissionen, die deren zuständiges Gericht ernennt. (Cr. G. O. Ausg. v. 1830 S. 450 u. f.

Individuen, — allgemeine oder besondere Haussuchung, mit Zuziehung wenigstens zweier Mitglieder der Gemeindebehörde, vorzunehmen. (Tit. III. §. 3. 11.)

b.) Bei manchen Verbrechen, wie Diebstahl mit Einbruch, ist, unter gleichmäßiger Zuziehung von Mitgliedern der Gemeindebehörde, Augenschein einzunehmen, die zurückgebliebenen Spuren und Merkmale sind genau aufzunehmen, zu verfolgen und mit anderen zu vergleichen, mit Bezug auf die vor Augen befindliche Localität ist nach allen Umständen der That zu forschen; der durch das Verbrechen verursachte schätzbare Schaden ist sogleich abzuschätzen. (Tit. III. §. 4.)

c.) Bei vorgefallener gefährlicher Verwundung oder wirklicher Tödtung ist der verletzte Körper so frühzeitig als möglich, mit Zuziehung von Mitgliedern der Gemeindebehörde, durch verpflichtete Aerzte, nämlich im Fall der Tödtung, innerlich und äußerlich, durch einen Arzt und einen Wundarzt, zu besichtigen und der Befund und das Gutachten der Aerzte genau zu protocolliren, namentlich darüber, welche Spuren verübter Tödtung (durch äußerlich oder innerlich wirkende Mittel) oder eines erfolgten natürlichen Todes wahrnehmbar seyen, so wie, bei vor-

gefallenem Kindesmord, über die Lebensfähigkeit des Kindes. Ferner ist der Verwundete unverzüglich über den Vorfall möglichst umständlich zu vernehmen. Die des Kindesmordes Verdächtige ist durch Hebammen und Aerzte zu besichtigen. (Tit. III. §. 5. — 10.)

d.) Im Fall einer Entleibung, wobei es zweifelhaft erscheint, ob der Entleibte selbst oder ein anderer der Thäter sey, ist insbesondere Erkundigung einzuziehen über den Seelen- und Gemüths-Zustand des Entleibten, so wie darüber, ob derselbe mit jemanden in Feindschaft gelebt habe. (§. 5. l. c.)

2) Bei delictis facti transeuntis ist der Mangel des erkennbaren Thatbestandes, des Corporis delicti und sonstiger Spuren durch vorsichtige Vernehmung aller sich dabietenden Zeugen zu ersetzen, z. B. über den Ruf eines Verdächtigen, über dessen Aufenthalt und Benehmen vor, während und nach dem Vorfallen des Verbrechens, über seine Verhältnisse zu dem durch das Verbrechen Verletzten, wobei jedoch Suggestivfragen, die dem Befragten die Antwort gleichsam in den Mund legen, möglichst zu vermeiden sind. Die Zeugen werden jetzt noch nicht beeidigt, wohl aber erinnert, daß die Beeidigung erforderlichen Falls noch erfolgen werde. Auch

werden dieselben, unter Androhung unbestimmter Strafe, verwarnt, von dem, worüber sie vernommen worden, niemanden etwas mitzutheilen. (Tit. III. §. 12 — 14.)

3) Zur Gefangennehmung des Angeschuldigten soll nur dann geschritten werden, wenn das Verbrechen ein solches ist, welches Todes- oder schwere Leibes-Strafe zur Folge hat und der Angeschuldigte desselben geständig oder sonst überwiesen erscheint; bei geringeren Verbrechen aber, wenn noch außerdem Collusionen zu befürchten sind, oder der Angeschuldigte der Flucht verdächtig ist. [5]) Die Gefangennehmung soll möglichst schonend und ohne Gefahr für Leben und Gesundheit des Arre-

---

[5]) Im Art. 33. der Verfassungsurkunde des Großherzogthums Hessen vom 17. Dezember 1820 heißt es:

„Keiner darf länger, als 48 Stunden, über den Grund seiner Verhaftung in Ungewißheit gelassen werden und dem ordentlichen Richter soll, wenn die Verhaftung von einer andern Behörde geschehen ist, in möglichst kurzer Frist von dieser Verhaftung die erforderliche Nachricht gegeben werden.“

Diese Bestimmung mögte wohl für den Zweck, gegen widerrechtliche und willkührliche Verhaftungen hinsichtlich ihrer Entstehung und Dauer, Sicherheit zu gewähren, nicht zureichend erscheinen.

staten geschehen, der übrigens vorher genau zu visitiren und was sich Verdächtiges bei ihm vorfindet, in gerichtliche Verwahrung zu nehmen und als Beilage zu den Akten zu verzeichnen ist. Complices eines Verbrechens so wie Personen verschiedenen Geschlechts sind in von einander gesonderte Haften zu nehmen. (Tit. IV. §. 1. 2. 4. 5. 6. 7.)

4) Die Verhöre des Angeschuldigten geschehen nach Anleitung des Tit. V. der p. G. O. wornach Folgendes zu beobachten ist:

a.) der Richter soll nicht nur die Gründe der Anschuldigung, sondern auch der Vertheidigung des Angeschuldigten auf jede rechtliche Weise zu erforschen suchen. (Tit. V. §. 3. in Verb. mit §. 7.)

b.) Es sollen 1) sogenannte Suggestivfragen möglichst vermieden, 2) zweideutige und verfängliche Fragen dürfen durchaus nicht gethan und am allerwenigsten darf 3) dem Angeschuldigten durch Zusicherung von Gnade oder sonstige Vortheile ein Geständniß abgelockt werden. Der Erfolg eines entgegengesetzten Verfahrens in den beiden letzten Beziehungen ist natürlich für den Zweck der Untersuchung als nichtig und werthlos zu betrachten. (§. 2.)

c.) Wenn der Angeschuldigte anfängt zu gestehen,

so soll seine Erzählung ohne Unterbrechung und mit allen Umständen, unter denen das Geständniß erfolgt ist, getreulich protocollirt, nach gemachter Erzählung aber soll er über die einzelnen Punkte derselben, nach Erforderniß, speciell ausgefragt werden. (§. 4. 5. l. c.)

d.) Widersprüche in den Aussagen des Angeschuldigten sind genau aufzuzeichnen und demselben darüber nöthiger Vorhalt zu thun.

e.) Leugnet der Angeschuldigte und beharrt er, ungeachtet der ihm vorgehaltenen näheren Umstände, auf diesem Leugnen; so soll er mit Zeugen oder Mitschuldigen, die das Abgeleugnete bezeugt oder eingestanden haben, confrontirt und es sollen hierbei die Aeußerungen, Mienen, Gebärden und das ganze Benehmen eines jeden der gegeneinander gestellten Individuen genau beobachtet und aufnotirt werden. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß nicht leicht Personen unbescholtenen Rufs der Confrontation übel berüchtigter Subjecte ausgesetzt werden. (§. 7. 8. l. c.)

f.) Weigert sich der zu Vernehmende, ohne zulässige Rechtsgründe, auf die vorgelegten Fragen zu antworten; so werden ihm scharfe Maßregeln angedroht und dieselben, nach

eingeholter Entscheidung des urtheilenden Gerichts, erforderlichen Falls in Vollzug gesetzt. (§. 9. l. c.)

g.) Die Aussagen des Angeschuldigten (wie jedes sonstigen Verhörten) sind mit dessen eignen Worten, also in der ersten, nicht in der dritten Person redend, aufzuschreiben, ohne irgend etwas auszulassen, es wäre denn ganz offenbar und außer allem Zweifel, daß es weder direct noch indirect zur Sache gehöre. (Tit. V. §. 4.)

h.) Das Protocoll wird dem Vernommenen vorgelesen und was er hierbei erinnert oder hinzufügt, wird angemerkt und darauf das Protocoll von den anwesenden Gerichtspersonen unterschrieben.

5) Nach geendigter Generalinquisition werden die sämmtlichen Akten nebst einem ausführlichen Bericht über die Sache an die urtheilende Gerichtsbehörde (Hofgericht) überschickt, um darüber zu erkennen: ob der ordentliche peinliche Prozeß einzuleiten sey; und es wird zugleich in dem Bericht hinsichtlich der Vermögensumstände des arretirten Angeschuldigten, für den Fall nachzusuchender Freilassung gegen Caution, das Erforderliche bemerkt. Auch mag, bei delictis manifestis et atrocioribus, der bereits verhaftete Angeschuldigte,

zumal wenn er geständig ist und sich überdieß bei dem Civiluntergericht keine genugsam verwahrten Gefängnisse befinden, ungefragt an den peinlichen Richter verwahrlich mit übersendet werden. Bei geringeren Verbrechen aber, und wenn die Sache noch zweifelhaft, der Angeschuldigte weder überwiesen noch geständig, oder derselbe eine persona honoratior, wo nicht gar von Adel ist, sollen vorerst Verhaltungsbefehle des urtheilenden Gerichts eingeholt werden. (Tit. V. §. 10. 11.)

6) Befindet sich ein Angeschuldigter auf flüchtigem Fuß, so soll er

a.) schleunigst durch Steckbriefe verfolgt werden, worin alle Merkmale seiner Person und seiner Kleidung genau und kenntlich beschrieben sind, [6]) mit der Aufforderung an alle Behörden, ihn in Betretungsfall zu arretiren und an das untersuchende Gericht zu überliefern. (Tit. VI. §. 1.)

b.) Zugleich ist Vorkehr zu treffen, daß dem Flüchtigen von seinem Vermögen, zur Beförderung seiner Flucht, nichts zu Handen komme und es ist wegen Beschlaglegung auf

---

[6]) Daher ist, bei stattgefundener Arretirung eines Angeschuldigten, vor allem ein Signalement desselben zu den Akten zu nehmen.

dasselbe die Entscheidung des urtheilenden Gerichts einzuholen. l. c.

c.) Die Beschlaglegung wird in der Art bewerkstelligt, daß durch den Gerichtsschreiber, mit Zuziehung zweier Verwandten des Flüchtigen, dessen sämmtliches bewegliches und unbewegliches Vermögen aufgezeichnet und was sich ohne Gefahr nicht aufbewahren läßt, versilbert werde; daß sodann, und zwar, zur Ersparung von Kosten, wo möglich unter den Verwandten des Flüchtigen, jemand ausgemittelt werde, der unter Cautionsleistung und der Versicherung, dem Flüchtigen nichts verabfolgen, noch auf sonstige Weise etwas abhanden kommen zu lassen, sich der Verwaltung des Vermögens unterziehe, worüber hiernächst dem urtheilenden Gericht Anzeige zu machen und dessen Entschließung zu erwarten ist. (Tit. VI. §. 1. 2.)

d.) Sucht der Flüchtige um ein sicheres Geleit nach und stellt hinlängliche Sicherheit durch Bürgen oder Pfänder, daß er sich auf Ladung vor Gericht stellen und sich den Folgen des dereinstigen Erkenntnisses unterziehen wolle; so soll ihm durch das urtheilende Gericht ein sicheres Geleit für die Dauer der Inquisition und des Prozesses bewilligt werden. Die Größe der Caution hängt ab von

der

der Schwere des Verbrechens, vom Stand und Vermögen des Angeschuldigten oder von sonstigen Umständen, und es kann bei geringeren Verbrechen, wenn der Angeschuldigte kein oder nur weniges Vermögen hat, auch gegen bloße generelle Caution mittelst seiner sämmtlichen Habe, oder auch gegen Caution durch Eid, ja selbst gegen diese letzte allein das sichere Geleit ertheilt werden. (Tit. VI. §. 3. 4. 5. 6.)

Der ordentliche peinliche Prozeß dagegen, welcher nach beendigter Generalinquisition und nach Maßgabe des Resultates dieser, durch das urtheilende Gericht (Hofgericht) erkannt und von dem dazu angeordneten peinlichen Gericht vollführt wird, ist, dem Inhalte nach, im allgemeinen eine feierliche und ausführliche Wiederholung des in der Generalinquisition Behandelten, jedoch in der Form der Anklage und mit der peinlichen Frage verbunden. Es tritt nämlich ein Fiscal im Namen des Staats als Ankläger auf und faßt, nach Anleitung der Akten der Generalinquisition, die Punkte der Anklage und der Zeugenvernehmungen in Artikeln, über welche der Angeklagte, resp. die Zeugen und zwar letztere eidlich durch den peinlichen Richter zu verhören sind. Die Beeidigung der Zeugen geschieht in Gegenwart des Angeklagten, erfordert jedoch, daß der Zeuge sein 18tes Lebensjahr

bereits angetreten habe. — Dabei wird, im Fall der Angeklagte die Thatsachen, worauf die Anklage beruht, ableugnet und sonach Beweis derselben erforderlich erscheint, dieser vorher dem Fiscal durch ein interloquirendes Erkenntniß des peinlichen Gerichts förmlich auferlegt. — Die Verhöre geschehen in Gegenwart des, außer dem peinlichen Richter und dem Protocollführer, aus drei rechtsgelehrten Assessoren und zwei bürgerlichen Schöffen [7]) bestehenden peinlichen Gerichts, so wie des Fiscals und des Vertheidigers des Angeklagten, welche sämmtlich dem Richter mit geeigneten Fragen und Bemerkungen an die Hand gehen können. Dabei ist der peinliche Richter zugleich befugt und verpflichtet, von Amtswegen sonstige sich ihm gelegenheitlich darbietende Fragen zu stellen und alle ihm zweckdienlich scheinenden rechtlichen Schritte zur Erforschung der Wahrheit zu thun. (p. G. O.

---

[7]) Diese Schöffen sind noch ein Ueberbleibsel der alten, in der Carolina vorausgesetzten Volksgerichte, das sich, durch Gewohnheit und Anhänglichkeit an alt Hergebrachtes, in den neuen, nach gelehrter Kenntniß des römischen Rechts entscheidenden Gerichten forterhielt, jedoch mit dem Verlust seiner ursprünglichen Bedeutung, indem die Schöffen nicht mehr als Urtheilsfinder, sondern nur noch als stumme Urkundspersonen in den Gerichten erschienen, zuletzt aber fast ganz daraus verschwanden.

Tit. I. Tit. VII. XI. XIII.) — Die peinliche Frage (Tortur) geschieht ebenfalls in Gegenwart des peinlichen Gerichts, nachdem dasselbe vorher mittelst einer, dem Angeschuldigten eröffneten Entscheidung, förmlich darauf erkannt hat. [8]) (Tit. XVI. §. 3. 5.) — Der Fiscal, als öffentlicher Ankläger, ist zu keiner Cautionsleistung verbunden.

3.

Das in der Hessen-Darmstädtischen peinlichen Gerichtsordnung vorgeschriebene Verfahren des ordentlichen peinlichen Prozesses ist, wie es scheint, seit Anfang dieses Jahrhunderts, allmählig außer Uebung gekommen und statt dessen das Verfahren bei der Generalinquisition auf den ganzen peinlichen Prozeß ausgedehnt worden, wodurch sich der jetzige Inquisitionsprozeß gebildet hat. Die Einleitung dieses geschieht von Seiten des urtheilenden Gerichts, (Hofgerichts) durch Erkennung der Specialinquisition, [9]) welche im allgemeinen, sowohl dem Inhalt als der Form nach, als eine feierliche und ausführliche Wiederholung der oben dargestellten

---

[8]) Die Tortur ist im hiesigen Lande durch eine Verordnung vom 20. August 1771 abgeschafft worden. s. Hessen-Darmstädtische peinliche Gerichtsordnung vom Jahr 1726. Ausg. von 1830 Seite 466.

[9]) Mit Ausnahme gewisser geringerer Strafsachen, in welchen die, überhaupt mit der Generalinquisition

Generalinquisition erscheint, verbunden mit der nachtheiligen Folge für den Angeschuldigten, daß er provisorisch in der Ausübung des Staatsbürgerrechts gehindert ist.

Es steht daher bei dem reinen Inquisitionsprozeß dem Angeschuldigten weder ein Fiscal, als öffentlicher Ankläger gegenüber, noch ein Defensor während des Aktes der Untersuchung handelnd zur Seite, sondern die Functionen dieser beiden sind vereint auf den Untersuchungsrichter übergegangen, der, wie bei der Generalinquisition, verpflichtet ist, von Amtswegen sowohl die Gründe der Anschuldigung, als die der Vertheidigung, durch alle sich darbietenden rechtlichen Mittel so vollständig und erschöpfend als möglich zu erforschen. Die Vorschriften der peinlichen G. O. über den Advocatus und Procurator Fisci so wie über den dem Akt der Untersuchung beiwohnenden Defensor finden mithin jetzt, unter den in der Natur der Sache liegenden Modificationen, z. B. Hinwegfallen des Anklaglibells, des articulirten Verhörs, des Beweisinterlocutes, — auf den Untersuchungsrichter selbst An-

---

betrauten Civiluntergerichte zugleich untersuchende und urtheilende Behörden sind und General- und Special-Inquisition in eins zusammenfallen. Zus. zum Organisat. Edict v. 12. Oktober 1803. §. 5. — Hessen-Darmstädtische peinl. G. O. Ausg. v. 1830 Tit. II. Zus. I. zum §. 1. S. 343 u. f.

wendung. Dagegen wird am Schluß der Special-isitinquion der Angeschuldigte jedesmal befragt, ob er noch besonders eine schriftliche Vertheidigung ein-reichen wolle? und im bejahenden Fall wird ihm oder seinem Defensor dazu eine angemessene Frist anberaumt.

Mit der Aufnahme des reinen Inquisitionspro-zesses hat zugleich die, nicht in der Natur desselben liegende und den Bestimmungen der Carolina [10]) hinsichtlich des rein inquisitorischen Verfahrens zu-widerlaufende Neuerung Eingang gefunden, daß die, die Specialinquisition bildenden Akte nicht vor ei-nem versammelten peinlichen Gericht, sondern blos vor einem untersuchenden Einzelrichter, durch die-sen, mit Zuziehung eines, ihm untergebenen Ac-tuarius, dem er das Protocoll in die Feder zu diktiren pflegt, vorgenommen werden. Gegen diese Neuerung ist zu erinnern, daß die in der peinl. G. O. bei den Akten des ordentlichen peinli-chen Prozesses vorgeschriebene Gegenwart des peinli-chen Gerichts offenbar eine, sowohl zur Sicherheit

---

[10]) In so weit die Hessen-Darmstädtische peinl. G. O. und die sonstigen mit ihr in Verbindung stehenden Landesverordnungen nicht ausreichen, kommt die Carolina nebst den übrigen gemeinen Rechten im Großherzogthum Hessen in Anwendung. s. Koch peinl. Gerichtsordn. Kaiser Carls V. 5te Ausg Gießen 1800 in der Vorrede S. 45.

des Angeschuldigten, als auch zur Sicherheit und Beruhigung des urtheilenden Gerichts, hinsichtlich der sein Urtheil bedingenden Voraussetzungen, dienliche, sehr wichtige Controle bildet, welche noch weit nothwendiger erscheint, seitdem sich in der Person des Untersuchungsrichters so entgegengesetzte, höchst wichtige und schwere Pflichten vereinigt haben, denen, bei der großen Mangelhaftigkeit der menschlichen Kräfte und bei so sehr vorherrschender Einseitigkeit und Leidenschaft, der einzelne Mensch unmöglich immer gehörig genug thun kann; ferner daß hauptsächlich auf jener Gegenwart des peinlichen Gerichts bei den Akten der Untersuchung die größere Feierlichkeit beruht, welche die Specialinquisition vor der Generalinquisition auszeichnen soll.

Der in der Hessen-Darmstädtischen peinl. G. O. vorgeschriebene, mit Anklage verbundene ordentliche peinliche Prozeß ist indeß durch den in Aufnahme gekommenen reinen Inquisitionsprozeß keineswegs gänzlich verdrängt worden, vielmehr bestehen, da jener gesetzlich nicht aufgehoben ist, beide gleichzeitig nebeneinander und der mit Anklage verbundene ordentliche Prozeß kann namentlich noch bei öffentlichen Verbrechen, insbesondere der Staatsdiener, in Anwendung kommen, indem dabei entweder die vorgesetzte Staatsbehörde oder die Landstände als Ankläger im Namen des Staats auftreten. s. Verordn. v. 12. April 1820 Art. 23. R. Bl. Nr. 23. —

Verordn. v. v. 5. Jul. 1821 Art. 4. im R. Bl. Nr. 31. — Jedoch geschehen auch in diesen Fällen die Verhöre nicht mehr in Gegenwart eines aus mehren Beisitzern ꝛc. bestehenden Gerichts, ferner eines Fiscals und Defensors, sondern, nach einmal erhobener Anklage, wird lediglich das Verfahren der Specialinquisition beobachtet, wobei aber die anklagende Behörde dem untersuchenden Richter mit den nöthigen Beweismitteln an die Hand zu gehen hat.

III.

Rechtsfälle.

A.

Werden nach dem Cap. 6. X. Qui filii sint legitimi auch im Ehebruch erzeugte Kinder durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern vollständig legitimirt und erhalten sie dadurch in Bezug auf die Verlassenschaft derselben dieselben Erbrechte, welche ehelich Gebornen dem Gesetz nach zustehen? [1])

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

C. N. in S. trat nach dem Tod seiner ersten Ehefrau, die ihm eine Tochter hinterließ, in die zweite Ehe. Diese Ehe, die kinderlos blieb, wurde von dem Richter quoad vinculum getrennt, worauf

---

[1]) Das französische Civil-Gesetzbuch bestimmt im Art. 331. Außer der Ehe geborne Kinder, jedoch mit Ausnahme derjenigen, die aus einer Blutschande oder aus einem Ehebruch erzeugt sind, können durch eine nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirt werden. (Uebersetzung von Gerhardi.)

C. R. mit seiner früheren Dienstmagd, mit der er während des Ehescheidungs-Prozesses einen Sohn Christian gezeugt hatte, sich zum drittenmal verheirathete. Bei Schließung dieser dritten Ehe wurde ein Ehevertrag abgeschlossen, wornach C. R. namentlich bestimmte, daß

1) nach seinem dereinstigen Ableben sein Sohn Christian

a.) das Wohnhaus nebst Zubehör,

b.) die Scheuer,

c.) sämmtliche fahrende Habe,

d.) das übrige bewegliche Vermögen,

e.) mehrere Grundstücke

zum voraus erb- und eigenthümlich erhalten solle, ohne das Geringste an die Tochter erster Ehe (die wegen ihres mütterlichen Vermögens bereits vollständig abgefunden sey, auch schon einen Theil des väterlichen Vermögens erhalten habe) herausgeben zu müssen;

2) das übrige unbewegliche Vermögen aber nach dem Absterben beider Eheleute unter seine sämmtlichen Kinder, die Tochter erster Ehe, seinen Sohn Christian und die etwaigen übrigen Geschwistern vertheilt werden solle.

Im Jahr 1823 starb C. R., ohne aus dritter Ehe Kinder zu hinterlassen, und mit Zurücklassung so wie der Tochter erster Ehe des Sohnes Christian.

§. 2.

Verhandlung und Entscheidung in erster Instanz.

Namens der Tochter 1ster Ehe erhob deren Ehemann Klage gegen die Wittwe des Erblassers [2]) bei dem Landgerichte Stz., worin sie, auf den Grund hin, daß ihr Bruder während der zweiten Ehe seines Vaters von demselben im Ehebruch erzeugt worden sey und dieser ohne landesherrliche Dispensation mit dessen Mutter die dritte Ehe eingegangen habe, folglich diese Ehe keine rechtliche Wirkung hinsichtlich der Erbfähigkeit desselben haben könne, um Zuerkennung des sämmtlichen Nachlasses ihres Vaters bat. Mit dieser Klage focht sie zugleich die Disposition ihres Vaters in den, bei Eingehung der dritten Ehe desselben zum Besten ihres Halbbruders errichteten Ehepacten an. Beklagte widersprach und nach geschehener Verhandlung bis zum Schluß erkannte das Landgericht S. unterm 18. Februar

---

[2]) Obgleich der Sohn derselben der eigentliche Beklagte ist, so erscheint doch diese in den Verhandlungen bei dem Unterrichter als die Beklagte und zwar so, als ob sie Beklagte in eignem Namen wäre, nicht als Vormünderin ihres minderjährigen Sohnes, und so kommt es, daß sie in allen Instanzen als die Parthie genannt wird.

1826: daß der Sohn der Beklagten, als durch die nachfolgende Ehe legitimirt, als erbfähig zu betrachten sey.

§. 3.

Verhandlung und Entscheidung in zweiter Instanz.

Gegen diese Entscheidung ergriff Kläger das Rechtsmittel der Berufung an das Obergericht, um Abänderung dahin anstehend: daß dem Beklagten kein gesetzliches Erbrecht zustehe. Denn die Ehe der Mutter des Beklagten mit dem Erblasser sey nichtig, weil

a.) beide Theile im Ehebruch versirt und vor aufgelöster früherer Ehe den Beklagten gezeugt hätten und

b.) sich zur nachfolgenden Ehe vor Auflösung der vorigen versprochen hätten.

Fr. 26. Dig. de ritu nupt. (23. 2.)
der Nov. 134. Cap. 12.
des Cap. 1. 6. X. (4. 17.)
Cap. 1. X. (3. 33.)

Hierauf erkannte das Obergericht:

„daß das, den 18. Februar 1826 ertheilte, „landgerichtliche Erkenntniß dahin zu reformiren, daß der Appellatin Sohn als durch die,

„von ihr mit C. R. abgeschlossene, Ehe le-
„gitimirt, mithin als zur Theilnahme an
„des Letzteren Nachlaß berechtigt nicht zu be-
„trachten.“ —

§. 4.

Entscheidungs-Gründe.

Den Grund für die, in diesem Erkenntniß aus-
gesprochene Ansicht fand das Obergericht in dem

Cap. 6. X. qu. fil. sint legit. (4. 17.)

welches zwar allgemein die legitimatio per subsequens matrimonium bei, aus verbotenen Verbindungen erzeugten Kindern zulasse, indessen speciell adulterinos von dieser Regel ausschließe. Dieses Gesetz lasse sich auch dadurch nicht als Antiquität betrachten, daß die Ehe der Ehebrecherin mit dem Ehebrecher erst später zugelassen worden sey und als Folge hiervon diese Ausnahme ihre Rechtsgültigkeit verliere. Denn es lasse sich durchaus nicht bestreiten, daß auch schon früher in einzelnen Fällen die Ehe der Ehebrecherin mit dem Ehebrecher möglich gewesen und die Anwendung des gedachten Gesetzes neben der, die Ehe des Ehebrechers allgemein gestattenden gesetzlichen Bestimmung widerstreite, da Beide keineswegs in einer unbedingt nothwendigen Verbindung stünden, nicht den richtigen Grundsätzen über Gesetzesauslegung.

§. 5.

Verhandlungen in dritter Instanz.

Gegen diese Entscheidung in zweiter Instanz ergriff die Beklagte, das Rechtsmittel der Oberappellation an das höchste Gericht, um ein reformatorisches Erkenntniß dahin bittend: daß ihr Sohn für legitim und fähig zu erklären sey, seinen Vater zu beerben.

Die Ober-Appellantin suchte nachzuzeigen, daß ihr Sohn nicht einmal als im Ehebruch erzeugt anzusehen sey. Wäre er aber auch als adulterinus anzusehen, so erscheine er doch durch die nachfolgende Ehe als legitimirt und darum als fähig, seinen Vater zu beerben. Die Dekretale, aus welcher das Cap. 6. X. qui filii sint legit. genommen sey, und auf welche der Richter zweiter Instanz seine Entscheidung hauptsächlich gebaut habe, sey nur unvollständig in das corpus juris canonici aufgenommen worden. Sie schließe mit den Worten: „quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt.“ Dieser Entscheidungsgrund sey in dem Cap. 6. cit. weggelassen worden.

Harduin consilia tom VI. p. II. p. 1819.

Der Grund des fraglichen Gesetzes, daß ein, im Ehebruch erzeugtes Kind durch die Ehe der Eltern nimmer legitimirt werden könne, liege also offenbar in der Unmöglichkeit einer gesetzlichen Ehe.

Der Pabst Alexander, welcher in den Jahren 1160 bis 1181 auf dem päbstlichen Stuhle gesessen, habe bei Erlassung der fraglichen Dekretale nicht anders entscheiden können. Zu seiner Zeit sey ein- für allemal die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin gesetzlich unerlaubt gewesen, es habe also auch zwischen solchen kein matrimonium legitimum et ratum, geschlossen, der Ehe darum auch die gesetzliche Wirkung nicht beigelegt werden können.

Innocenz III. welcher erst im Jahr 1199 Pabst geworden, mithin nach Alexanders Zeiten gelebt habe, hätte aber in dem C. 6. X. de eo, qui duxit in matrimonium quam polluit per ad ulterium (4. 7.) die Eheverbote nur auf den Fall der Lebensnachstellung und der, beim Leben des Unschuldigen schon contrahirten Sponsalien beschränkt, es werde darin jede andere Ehe zwischen den Ehebrechern für ein matrimonium legitimum erklärt, mithin sey dadurch das frühere Eheverbot als Regel aufgehoben worden.

Die Umöglichkeit der legitimatio der Adulterinen-Kinder wäre also zu des Pabstes Alexander III. Zeiten blos ein corollarium von der Regel, daß Ehebrecher sich nicht heirathen und ein legitimum matrimonium schließen könnten. Diese Regel sey von dem Pabst Innocenz als Regel aufgehoben worden, mithin

könne auch der Folgesatz der aufgehobenen Regel nicht mehr gelten.

Zwar habe

Schrader: Abhandlungen aus dem Civilrechte, Band 1. Abh. 1.

und mit diesem Schriftsteller der Herr Referent auszuführen gesucht, daß schon zu des Pabstes Alexanders III. Zeiten die Ehe zwischen den Ehebrechern möglich gewesen sey. Allein alles, was dieser Rechtslehrer für seine Meinung aufstelle, beschränke sich darauf, daß auf einigen Concilien die Meinung der Beschränkung auf die genannten Fälle herrschend gewesen sey. Damit sey aber noch nicht bewiesen, daß auch die Ehe gesetzlich gewesen und namentlich die Ansicht des Pabstes Alexanders III. die nämliche gewesen sey, zumal, da dieser Pabst in der allegirten Original-Dekretale die Unmöglichkeit der Ehe in den Worten: „quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt" ausdrücklich vorausgesetzt habe. Sein Ausspruch habe aus diesem Grund nicht anders ausfallen können. Er habe, so lange die Ehe der Ehebrecher noch kein legitimum matrimonium gewesen, denselben die gesetzlichen Wirkungen nicht beilegen können. Die Ehe zwischen der Ober-Appellantin und dem Erblasser sey aber ein matrimonium legitimum et ratum, durch die das vorher erzeugte Kind (welches, wenn es nicht per subsequens matrimonium legitimirt seyn solle, jetzt

noch bei dem Regenten nach Nov. 72. C. 2. um Legitimation nachsuchen könne) um so mehr vollständig legitimirt erscheine, als der Erblasser dasselbe in den, mit dessen Mutter errichteten Ehepacten ein legitimes und erbfähiges Kind genannt habe.

Das Urtheil des Richters zweiter Instanz, welches dem unschuldigen Kind die Rechte der ehelichen Geburt und des väterlichen Vermögens abspreche, lasse sich darum nicht einmal theoretisch rechtfertigen. Auf jeden Fall stehe ihm die alte ehrwürdige Praxis der Gerichte entgegen.

Schott: Einleitung in das Eherecht, §. 187.
R. C. Henne Diss. de legitimatione liber. per subseq. matr. §. 13.
Stryk. Usus modernus Pand. de his, qui sui etc.
Boehmer. Jus eccles. prot. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 17. §. 18. und
Dissert. de legitimatione ex damnato coitu nator: §. 17.
Höpfner: Institutionen-Commentar §. 143. Nro. 3.
Müller Promt. jur. Vol. IV. p. 292. Nro. 7.
Koch: Success. ab intes. p. 65. Nro. 2.
Glück. Ausführl. Erläut. der Pand. 2. Theil. §. 141.

Nachdem das oberste Gericht volle Prozesse erkannt

kannt [3]) und dem Oberappellaten den Oberappellations-Libell ad excipiendum mitgetheilt hatte, gab dieser seine Erklärung, nachdem er die Behauptung der Oberappellantin, daß ihr Sohn nicht im Ehebruch erzeugt sey, beantwortet hatte, im Wesentlichen dahin ab: Der Versuch der Oberappellantin, darzuthun, daß ihr Sohn durch die nachfolgende Ehe legitimirt sey, könne derselben nicht gelingen. In den Cap. 6. X. qui filii etc. liege die Gewähr, daß adulterini durch nachfolgende Ehe nicht legitimirt werden könnten. Dieses wirksame Gesetz lasse im Allgemeinen die legitimatio per subsequens matrimonium bei, aus verbotenem Beischlaf erzeugten, Kindern zu, nehme aber speciell die adulterinos von dieser Regel aus. Viele Juristen wollten dieses Gesetz zwangsweise interpretiren, daß der Grund dieser Ausnahme darin gelegen, daß zwischen den Ehebrechern die Eingehung einer Ehe nicht möglich gewesen. Dieß sey aber unrichtig. Denn zur Zeit, als jenes Gesetz als solches erschienen, und in der Gesetzsammlung publicirt worden, habe es Fälle gegeben, wo zwischen Ehebrechern eine Ehe möglich gewesen. Gerade die theoretischen Gründe der Vertheidiger der anderseitigen Meinung lieferten den Beweis für die Rich-

---

[3]) Die Ober-Appellantin führte außerdem noch mehrere Beschwerden gegen das Urtheil des Gerichts zweiter Instanz.

tigkeit der Ansicht, welche der Richter zweiter Instanz angenommen.

Das Cap. 6. X. sey als Gesetz ins corpus juris canonic., unbedingt aufgenommen und gelte und müsse angewendet werden, wie es dastehe. — Der Grund der Dekretale, woraus dieses Gesetz genommen worden, möge nach

Harduin: consilia Tom VI. part. 2. pag. 1819.

seyn, welcher er wolle — genug, es sey klare gesetzliche Bestimmung, daß adulterini per subsequens matrimonium nicht legitimirt werden könnten. Wie das Gesetz in der Gesetzessammlung stehe, so sey es als Gesetz und als solches wirksam in Deutschland recipirt worden. Die Dekretale, woraus dieses Gesetz genommen, sey nicht als Gesetz recipirt, könne sonach nichts entscheiden. Der Grund des fraglichen Gesetzes könne unmöglich darin gelegen haben, daß eine Ehe zwischen den Ehebrechern damals nicht möglich gewesen, denn sonst hätte ja das Gesetz gar keinen Zweck. — Wozu die Verordnung, daß ein adulterinus per subsequens matrimonium nicht legitimirt werden könne, wenn eine solche Ehe nicht möglich gewesen?

Wenn man auch einmal annehmen wollte, die Ansicht Schraders in seinen Abhandlungen aus dem Civilrecht Band I. Nro. 1. sey theoretisch nicht zu erweisen, so könne dieses doch der Wirkung des

Cap. 1. 6. X. (4. 17.) nicht das mindeste benehmen, indem

1) sowohl das Cap. 1. 6. X. (4. 17.) als das Cap. 6. X. (4. 7.) in einer und derselben Gesetzsammlung aufgenommen seyen,

2) das Cap. 1. 6. X. auf das Cap. 6. X. selbst, also auch auf die Fälle, in welchen nach der Dekretale des Pabstes Innocenz III., wornach, mit Ausnahme zweier Fälle, die Ehe zwischen Ehebrechern erlaubt sey, angewendet werden müsse, wenn es nicht als zwecklos — welches nicht vermuthet werden könne — wegfallen solle,

3) diese Gesetzsammlung, worin sich beide Gesetze, das Cap. 1. 6. X. und das Cap. 6. X. befänden, von Gregor IX. im Jahr 1234 publicirt worden sey.

Es könne also mit Bestand Rechtens nicht bestritten werden, daß adulterini, selbst, wenn die ehebrecherischen Eltern sich heirathen dürften, nicht legitimirt würden. Denn dieses sey in dem Cap. 6. X. namentlich ausgenommen und dieses Gesetz selbst sey durch ein späteres Gesetz nicht aufgehoben. Daß aber auch die Ehe zwischen der Ober-Appellantin und dem Erblasser nichtig sey, gehe daraus hervor, daß sie sich während der früheren Ehe des letzteren miteinander verlobt hätten.

§. 6.

Entscheidung in dritter Instanz.

Hierauf erfolgte die Entscheidung des höchsten Gerichts, wodurch es das Erkenntniß des Mittelgerichts und zwar dahin reformirte:

„daß der, von der Ober-Appellantin mit C. R. „im Ehebruch erzeugte, Sohn durch die, nach- „her von seinen Eltern eingegangene, Ehe „vollständig legitimirt zu betrachten sey, dem- „selben daher in Bezug auf den Nachlaß seines „gedachten Vaters dieselben Erbrechte zustün- „den, welche ehelich gebornen Kindern dem „Gesetz nach gebührten."

§. 7.

Entscheidungs-Gründe.

Die Entscheidungsgründe sind in dem Votum des Referenten enthalten, dessen Ansicht der Correferent theilte. Er ist, soweit es hierher gehört, [4]) des Inhalts:

„Bekanntlich konnten nach den Bestimmungen des römischen Rechtes adulterini per subsequens matrimonium nicht legitimirt werden, weil hiernach

---

[4]) Im Eingang spricht sich der Votum dahin aus, daß der Sohn der Ober-Appellantin als im Ehebruch erzeugt anzusehen sey.

die Ehe zwischen Ehebrecher unbedingt verboten war.

Conf. Thib. Pand. Syst. Bd. I. §. 394.

Das kanonische Recht änderte jedoch diese Bestimmungen ab, indem es die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin in der Regel erlaubte, und nur ausnahmsweise in zwei Fällen verbot, und zugleich in Bezug auf die Legitimation der, im Ehebruch erzeugten, Kinder durch die nachfolgende Ehe im Cap. 6. X. qui filii sint legitimi (4. 17.) Folgendes verordnete:

„Tanta est vis matrimonii, ut, qui antea sunt „geniti, post contractum matrimonium legitimi „habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, „aliam cognoverit, et ex eo prolem succeperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repellendus, praesertim si in mortem „uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit „machinatus."

Wenn gleich der erste Satz dieses Gesetzes so allgemein lautet, daß demnach angenommen werden muß, daß durch die nachfolgende Ehe alle Arten von unehelichen Kindern legitimirt werden, so scheint doch der zweite Satz desselben die, im Ehebruch erzeugten, Kinder von dieser Legitimation auszuschließen, und es haben daher viele ältere Juristen dieß um so mehr annehmen zu müssen geglaubt, da auf

diese Weise das kanonische Recht mit dem römischen in Einklang gebracht werden konnte.

Vorzüglich J. H. Boehmer hat indessen in seinem jus eccles. Prot. Tom IV. Lib. IV. Tit. 17. §. 23. gezeigt, daß der Text des C. 6. X., qui filii sint leg. verstümmelt sey, wie dieß aus der vollständigen Dekretale des Pabstes Alexander III. erhelle. Dieser Dekretale lag nämlich ein Fall zum Grunde, wo wirklich der Ehegatte, welcher die Ehe gebrochen hatte, dem andern nach dem Leben gestanden hatte, und in welchem Fall also, nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts, die Ehe zwischen Ehebrechern ausnahmsweise verboten ist.

Nun entschied der Pabst, daß das, aus dem vorausgegangenen Ehebruch erzeugte, Kind durch die nachfolgende Ehe nicht legitimirt werde und fügte zugleich den, in jener Gesetzesstelle nicht aufgenommenen, Grund bei:

„Quoniam inter se legitimum matrimonium „contrahere non potuerunt.“

Hiernach würden also auch adulterini per subsequens matrimonium legitimirt, insofern nur eine, den Gesetzen nach gültige Ehe zwischen ihnen wirklich zu Stande kommt.

Diese Ansicht Böhmers wurde beinahe von allen Gerichten adoptirt und man darf daher behaupten, daß sie durch die Gerichtspraxis ganz entschieden angenommen worden ist, wie dieß außer den, von

dem oberappellantischem Anwalt allegirten, Autoren, nachfolgende bewährte Rechtslehrer bestätigen.

Wiese, Handb. des Kirchen-Rechts Bd. II. pag. 678.

Danz, Handb. des deutschen Priv. Rechts Bd. 7. §. 69. pag. 100.

Hofacker Princ. jur. civ. Tom I. §. 594.

Pufendorf Observ. Tom. I. Obs. 163.

Thibaut Pand. System (2te Aufl.) §. 485. [5])

In neuer Zeit hat jedoch Schrader in seinen Abhandlungen aus dem Civilrechte Theil I. Nro. 1. auszuführen gesucht, daß die Auslegung, welche die Gerichtspraxis dem Cap. 6. X. Qui filii sint leg. giebt, unrichtig sey, daß man vielmehr bei dem Wortinhalt desselben stehen bleiben und annehmen müsse, daß selbst dann die Legitimation der, im Ehebruch erzeugten, Kinder per subsequens patrimonium nicht erfolgen könne, wenn auch deren Eltern durch die Gesetze ermächtigt seyen, sich miteinan-

---

[5]) S. auch Mevius. Decisiones. Part. III dec. 87 „Legitimatio — retrotrahitur et retro purgat „omne vitium concubitus anterius, restituit „jura nativitatis, facit — censeri natos post sub- „sequens matrimonium, ideo quidquid legitime „natorum est, et inter haec — jura successio- „nis tribuit.“

Berger: Oeconomia juris (edit. sept.) S. 105. 326.

der zu verheirathen, und wenn sie auch diese Ehe wirklich gesetzlicher Ordnung nach eingegangen. Dieser neuen Ansicht ist nicht nur Thibaut in den Auflagen seines Pandectensystems beigetreten, welche auf die dritte Auflage folgten, sondern auch noch mehrere neue Rechtslehrer haben sie adoptirt, wie z. B.

Makeldey Lehrb. des Röm. Rechts §. 248. not. a.
Wening Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts §. 398. (III. Aufl.)

Ich kann mich indessen nicht davon überzeugen, daß die logische Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle, welche die Praxis bisher befolgte, unrichtig ist, indem sie nicht nur durch die Nachweisungen, welche Böhmer über die Verstümmlung ertheilt, welche jene Dekretale erlitt, bevor sie in das corpus juris canonici übertragen wurde, begründet wird, sondern auch der Umstand ihr das Wort redet, daß es sich nicht absehen läßt, weßhalb die unschuldigen Kinder, welche einem Ehebruch ihr Daseyn verdanken, härter bestraft werden sollen, als ihre Eltern, welchen, obgleich sie sich jenes Vergehens schuldig machten, durch das Gesetz gestattet wird, sich zu heirathen, und hierdurch beinahe alle nachtheiligen Folgen ihres Vergehens von sich abzuwenden.

Wenn nun ferner selbst ein so ausgezeichneter Theoretiker, wie Thibaut, die Gerichtspraxis gegen manche neue Theorie in Schutz genommen, und

die Gerichte mit vollem Rechte gewarnt hat, sich nicht zu leicht von neuer Theorie hinreißen zu lassen,

Archiv für die Civil. Praxis Bd. V. Heft 3. Abh. XIII. [6])

so ist gewiß um so mehr der Richter verpflichtet, in dieser Beziehung auf seiner Hut zu seyn. Sehr richtig sagt Thibaut l. c. pag. 316.

„Und auf allen Fall bleibt so viel gewiß, daß „man der herkömmlichen Praxis unbedingt das „Wort reden soll, wo sie nicht weniger für „sich hat, als eine neue Theorie, und wo „also der Wechsel den Rechtsfrieden „ohne hinreichenden Grund stört."

„Bei der Dunkelheit und Dürftigkeit unse„rer Gesetze treten aber Fälle der Art sehr „häufig ein; und da ist doch in der „That nicht einzusehen, warum „man das Angewohnte verlassen, „und es leichtsinnig mit den unge„nügenden Neuheiten vertauschen „soll."

Aus diesen Gründen möchte die entschiedene Gerichtspraxis, nach welcher adulterini per subsequens matrimonium legitimirt werden können, nicht zu verlassen, und daher weiter zu untersuchen seyn,

---

[6]) „Vertheidigung der Praxis gegen manche neue Theorieen."

ob die, zwischen C. R. und der Oberappellantin eingegangene, Ehe, den Gesetzen nach, gültig war, indem nur in diesem Fall der, im Ehebruch erzeugte, Sohn, durch dieselbe legitimirt werden konnte.

Da die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin durch das kanonische Recht in der Regel erlaubt, und nur ausnahmsweise, in zwei Fällen, verboten ist, so mußte Kläger und Oberappellat, wenn er den Rechtsbestand dieser Ehe klagend anfechten wollte, solche factischen Umstände seiner Klage zum Grunde legen, bei deren Daseyn nach Vorschrift der Gesetze die Ehe verboten ist.

Dieß hat aber der Kläger nicht gethan, sondern nur im Allgemeinen behauptet, daß die Ehe wegen des vorausgegangenen Ehebruchs nichtig sey und sein Vorbringen in der Appellationsinstanz, daß die Ehe deßhalb nichtig sey, weil sich C. R. mit der Oberappellantin zur nachfolgenden Ehe vor Auflösung der früheren Ehe versprochen habe, verdient als verspätet eigentlich keine Rücksicht.

Wollte man aber auch dasselbe noch berücksichtigen, so würde es dennoch als unerheblich betrachtet werden müssen.

Denn das kanonische Recht verbietet nur in 2 Fällen, nämlich, wenn der Ehebrecher seinem früheren Ehegatten nach dem Leben gestanden, oder auf den Fall des Todes desselben dem Mit-

verbrecher die Ehe versprochen hat, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin.

Cap. 1. 3. 6. X. de eo qui dux in matrim. (4. 7.)

Cap. 1. X. de convers. infidel. (3. 33.)

Namentlich reden die Gesetze, was den letztgedachten Fall betrifft, nur davon, daß der Ehebrecher auf den Fall des Todes seiner Ehegattin der Ehebrecherin die Ehe versprochen habe, keineswegs aber davon, wenn das Eheversprechen auf den Fall einer, durch den Richter erfolgenden, Ehescheidung geleistet wurde, und ganz gewiß aus keinen andern, als dem Grunde, weil nur in jenem Fall Lebensnachstellungen zu befürchten waren, denen das Gesetz vorbeugen wollte.

Es bestätigt dieß namentlich Böhmer in seinem jus eccles. Prat. Tom. III. Lib. IV. Tit. VII. §. 2. und auch Thibaut stimmt hiermit überein.

Pand. System Bd. I. §. 394.

Da nun ferner die fraglichen Bestimmungen des canonischen Rechts, nach bekannten Regeln der Interpretation strickt, nicht aber extensiv, ausgelegt werden müssen, so folgt aus dem Anführen des Oberappellaten, daß die Oberappellantin sich mit C. R. vor Auflösung der früheren Ehe desselben verlobt habe, noch keineswegs, daß sich Beide nachher nicht hätten ehelichen dürfen, indem nicht behauptet wird, daß der Tod der zweiten Ehefrau des C. R. diesem

Versprechen als Suspensiv-Bedingung beigefügt worden sey, es auch nach Lage der Sache, weit wahrscheinlicher ist, daß die Vollziehung des Eheversprechens von der erfolgenden gerichtlichen Ehescheidung abhängig gemacht war, auf diesen Fall aber die Bestimmungen des kanonischen Rechts sich nicht beziehen.

Da weitere Zweifel gegen die Rechtsbeständigkeit der Ehe der Oberappellantin mit C. R. nicht obmovirt worden sind, so muß meines Erachtens seine Ehe für rechtsgültig betrachtet werden.

Ist aber dieß der Fall, so wurde auch der, im Ehebruch erzeugte, Sohn der Oberappellantin durch die nachfolgende Ehe plene legitimirt; und dieß hat die Folge, daß er nun rückwärts so betrachtet werden muß, als ob er bei seiner Geburt der legitime Sohn des C. R. gewesen sey, und ihm in Bezug auf das Vermögen seiner Ehefrau dieselben Erbrechte zustehen, welche ehelichen Kindern gebühren.

Thibaut l. c. §. 486.

Der Oberappellantin, welche die Rechte ihres Sohne vor Gericht verfolgt, ist daher durch die Sententia a qua, welches das Gegentheil ausspricht, meines Erachtens gravirt, und ihre erste Beschwerde begründet."

§. 8.

Präjudiz.

Auf Veranlassung dieses Rechtsfalls nahm das oberste Gericht folgendes Präjudiz an:

„Nach der richtigen logischen Interpretation des „Cap. 6. X. qui filii sint legitimi (4. 17.) „werden auch im Ehebruch erzeugte Kinder „per subsequens matrimonium vollständig le„gitimirt und erhalten in Bezug auf die Ver„lassenschaft ihrer Eltern dieselben Erbrechte, „welche ehelich gebornen Kindern den Gesetzen „nach zustehen, in so fern die Ehe zwischen „den Eltern nach Maasgabe der Gesetze „erlaubt war und legali modo vollzogen „wurde.“

B.

Dem, der schon ein rechtsständiges Pfandrecht an der Sache verlangt hatte, ehe solche in das Vermögen des Gemeinschuldners kam, steht der Vorzug vor allen, bei Letzterem (dem nachherigen Erwerber der Sache) erst entstandnen, selbst privilegirten, Hypotheken, namentlich auch vor der Illatenforderung der Ehefrau des neuen Eigenthümers, ja sogar ein (Quasi) Separationsrecht zu. [1])

§. 1.

Geschichts-Erzählung und Prozeßgeschichte.

Die B. E—schen Eheleute in G. liehen dem J. P. daselbst die Summe von 4000 Gulden. Dieser stellte den Darleihern zur Sicherheit dieses

---

[1]) So ist das, von dem obersten Gericht auf Veranlassung dieses Rechtsfalls angenommene, Präjudiz gefaßt.

Darlehns eine öffentliche Schuld- und Pfandverschreibung aus, wornach er die, ihm gehörige, Mühle zum Unterpfand constituirte.

Später verkief der Schuldner dieses Pfandobject an den Müllermeister G. daselbst, der es wieder an B. Z. daselbst verkief.

In Folge einer Klage des Erben der Pfandgläubiger des S. H. in G. gegen diesen Käufer B. Z. auf Abtragung des, auf der, von diesem erkauften, Mühle radicirten, Capitals nebst Zinsen wurde von dem Landgericht U. die Versteigerung dieses Unterpfandes verfügt. Die Kinder des Beklagten aus erster und zweiter Ehe traten hierauf (im Jahr 1826) als Intervenienten gegen den Kläger auf, behaupteten, ihre verstorbenen Mütter hätten ihrem Vater ein Vermögen von 3150 Gulden in die Ehe gebracht, und machten, da der Erlös für die Mühle zur Befriedigung der Kläger und zur Deckung ihres mütterlichen Vermögens voraussichtlich unzureichend seyn würde und außer derselben kein väterliches Vermögen vorhanden sey, ein Prioritätsrecht vor dem Kläger geltend, um richterliche Entscheidung dahin bittend, daß der Erlös vorzugsweise zu ihrer Befriedigung zu verwenden sey.

Diese, von dem Kläger widersprochne, Intervention veranlaßte einen Rechtsstreit. Es genügt, herauszuheben, daß die Intervenienten bei der Ver-

handlung der Sache zugaben, den Erblassern des Interventen habe bereits ein Pfandrecht an der Mühle, aus deren Erlös sie (Intervenienten) vorzugsweise befriedigt zu werden verlangten, wegen ihrer Darlehnsforderung von 4000 Gulden Capital zugestanden, als dieses Immobile von ihrem (der Intervenienten) Vater erkauft worden sey.

Da der Intervent sich durch die Entscheidung des Richters erster Instanz, des Landgerichts U., das ihm Beweis auferlegte, für beschwert ansah, so ergriff er dagegen das Rechtsmittel der Appellation an das Mittelgericht, um reformatorische Entscheidung dahin anstehend, daß die Intervenienten mit ihrer Intervention, unter Verurtheilung in die Kosten beider Instanzen, abzuweisen seyen.

Das Mittelgericht entschied lediglich diesem Antrag gemäs, worauf die Intervenienten das Rechtsmittel der Oberappellation an das höchste Gericht ergriffen und um Abänderung des Erkenntnisses des Mittelgerichts und Bestätigung des Bescheids des Untergericht anstanden. Das höchste Gericht bestätigte indessen (im Monat März 1829) das mittelrichterliche Erkenntniß pure, indem es einstimmig dem Antrag des Referenten in dem, von ihm erstatteten, Gutachten auf Abschlagung der Appellations-Prozesse beitrat.

§. 2.

§. 2.

Gutachten des Referenten. (Auszug.)

Das Gutachten schickt die Bemerkung voraus, nach den Acten und den beiderseitigen Anführungen und Zugeständnissen unterliege es keinem Zweifel, daß den Erblassern des Oberappellaten als Darleihern ein Pfandrecht an der fraglichen Mühle schon zugestanden, ehe der Vater der Ober-Appellanten diese erkauft habe und geht dann in Folgendem zur Erörterung selbst über:

„Die bewährtesten älteren und neueren Rechtslehrer räumen — demjenigen Gläubiger, welcher schon ein, gleichviel, ob gesetzliches oder vertragsmäßiges, öffentliches oder Privatpfandrecht an der Sache hatte, ehe sie titulo singulari in das Vermögen des Gemeinschuldners kam, den Vorzug vor allen, bei Letzterem erst entstandenen, selbst privilegirtesten, Hypotheken, ja sogar ein Absonderungs- (quasi- Separations-) Recht, hauptsächlich darum, ein, weil der Schuldner die Sache nicht habe ohne das, darauf haftende, Pfandrecht erwerben, folglich seinem Gläubiger nicht mehr Recht an der Sache habe verschaffen können, als er selbst gehabt, dem Pfandgläubiger aber sein Recht weder durch die, von dem Verpfänder nachher geschehene, Veräußerung, noch durch die nachfolgenden Gläubiger des neuen Erwerbers habe entzogen werden können.

Ich beziehe mich deßhalb unter Andern auf:

Mevius: Decis. Part. 3. dec. 13. P. 4. dec. 242. P. 5. dec. 260.

Wernher: Sel. observ. P. VI. obs. 333. Nota 4. seq. P. VIII. obs. 317.

Leyser: Medit. ad Pand. Spec. 485. Med. 5.[2]) vergl. mit Spec. 236. Med. 5. 6.

Brunnemann: Comment. in Pand. ad tit. de separationibus [3]) Cons. Tübing. Vol. I. Cons. 48. Not 37. ibique D. D. alliq.

Rheinhardt ad Christianaei dec. Vol. IV. dec. 56.

Hofacker: Princ. jur. civ. rom. germ. P. III. §. 4597. Nota 6.

Claproth: Summarischer Prozeß §. 388. Nota H.

Gmelin: Ordn. der Gläubiger im Gantprozeß §. 37. (in der vierten Ausg. 1. C. §. 3.)

---

[2]) „Creditores, quibus, antequam praedium venderetur, hypotheca constituta fuit, jure separationis omnia pignora, ab emtore postea constituta, vincunt."

[3]) „Sed et haec quasi separatio est, qua petunt creditores, qui hypothecam habuere in re, illi, qui concursum excitavit, vendita, antequam vendita fuit et sunt omnino in re illa aliis creditoribus praeponendi."

Dabelow: Lehre vom Concurs der Gläubiger, (Ausgabe in Quart 1801.) pag. 324-352.

Bülow und Hagemann: Prakt. Erört. Band 6. Erört. 39.

Westpfal: Vom Pfandrecht §. 159. 160.

Weber: Erl. d. Pand. Theil 2. §. 1094. Nota 4. [4])

In speciellem Bezug auf die Collision eines solchen Pfandgläubigers aus den Zeiten des alten Eigenthümers mit der Ehefrau des neuen Erwerbers sagt namentlich: Mevius: Decis. cit. (13. Part. 3.) in der Ueberschrift:

„Dotis privilegium non antecedit onus, cum „quo ad maritum res pervenit"

und im Context:

„Etiamsi dos omnia, etiam anteriori expressae „hypothecae innixa, credita antecedit, atta- „men non illa, pro quibus res fuit obnoxia, „antequam ad maritum pervenit. Non enim, „nisi deducto aere alieno, in bona mariti ex „ea quidquam pervenisse intelligitur, nec

[4]) S. auch noch: Danz: Grundsätze der summarischen Prozesse. §. 133.

Ludovici: Einleitung zum Concurs-Prozeß Capitel XI. §. 10.

Hofmann: Deutsche Reichspraxis. Theil 2. §. 1266. 1267.

„uxor plus juris qua hypothecam in ea acci-
„pere potest, quam maritus ratione proprie-
„tatis obtinuit. Sicut ad ipsum res pervenit
„cum sua causa, ita non aliter mulieri in ea
„jus quaeri, nec anterioribus creditis vel one-
„ribus, ab alio profectis, praejudicari potest"

sodann der nämliche Rechtslehrer: Decis. cit. (260. Part. V.) in der Ueberschrift: Uxorum privilegium dotis non est ante creditores alterius, quorum solutionem maritus cum praedio in se suscepit.

und im Context:

„Etsi magnum est dotium privilegium in credi-
„torum concursu, omnibus, etiam hypothecam
„anteriorem habentibus, potius, attamen ad
„eos non porrigendum est, qui hypothecam
„vel jus quoddam aliud in rebus habuerunt,
„antequam ad maritum pervenerunt, qui cum
„istis solutionem recepit, tum quia illi non
„sunt proprie mariti creditores, sed alterius,
„qui bonorum dominus fuit, et licet deinde
„ex receptione creditores mariti fiant, tamen
„cum conditione, ut iis ex re satis fiat; tum
„ex rei onere, cum quo transit, ideo omni-
„bus aliis creditis potius est; tum ex natura
„bonorum, quae non sunt, nisi deducto aere
„alieno; ideo nec in bonis mariti privilegium
„accipit mulier ante onus ipsorum: tum ex
„jure creditorum alterius, quorum conditio

„per alium deterior fieri non debet; tum ex „jure separationis, quam facit pignus, quod „in re est, antequam ad alium devenit etc.

So viele und achtbare Auctoritäten jene Meinung für sich hat, so ist doch nicht zu läugnen, daß sie in der Theorie des Rechts sehr erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist, wenigstens die, dafür angeführten, Stellen des R. R. insbesondere

L. 12. Cod. de distr. pign. (8. 28.)
L. 15. Cod. de pign. (8. 15.)
L. 1. §. 1. D. de separ. (42. 6.)

solche nicht beweisen, indem die beiden ersteren Gesetze blos den Satz enthalten, daß die Veräusserung der Sache das Pfandrecht nicht aufhebe und das dritte Fragment ausdrücklich nur von dem Erben spricht, der wegen der Einheit der Person mit dem Erblasser (dem früheren Pfandschuldner) juristisch kein neuer Eigenthümer ist."

„Es bemerkt dieses namentlich auch

Glück: Ausf. Erläut. der Pand. Theil 19. §. 1094. pag. 291.

„Nun ist zwar an sich richtig, daß keinem sein „früheres jus quaesitum genommen werden „könne; Allein man hat nicht bedacht, daß „dieser Grund bei solchen Pfändern nicht be„weise, wobei es auf das Alter nicht ankommt. „Dieß ist nun gerade der Fall bei privilegirten „Pfändern. Hier verschwindet der Begriff

„eines juris quaesiti, sobald ein privilegirtes „Pfandrecht sich andern entweder gar nicht oder „nicht so stark privilegirten Pfändern entgegen „stellt. Geht nun ein solches Pfandrecht seinem „Begriff nach auch den, der Zeit noch älteren, Hy„potheken vor, so konnte ja der Verpfänder „selbst durch neue Schulden privilegirte Pfand„rechte begründen und durch Bewilligung der„selben die Rechte seiner simplen Pfandgläubi„ger brechen. Was bei dem Vorgänger gilt, „gilt auch bei dem Nachfolger, weil es ein „ausgemachter Grundsatz ist, daß die Rechte „des Vorgängers auch dem Nachfolger nicht „abzusprechen sind. Aus Allem geht demnach „klar hervor, daß man Pfandgläubigern, de„ren Recht sich aus den Zeiten des vorigen „Eigenthümers herschreiben, nur in so fern „einen Vorrang einräumen könne, als sie „ein älteres Recht haben, dahingegen „müssen sie den mehr privilegirten Pfandgläu„bigern des Gemeinschuldners nachstehen."

Mit diesem Rechtslehrer stimmt überein: [5])

Thibaut System des Pandectenrechtes Theil 2. §. 655.

---

*) Auch V. Wening. Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Civil=Rechts Buch 2. §. 161. hat diese Meinung adoptirt.

Dieser nämliche Schriftsteller erklärt in seinen civilistischen Abhandlungen Nro. XIII. „Ueber Pfandseparatisten" pag. 311. ꝛc.

die Idee eines, dem Pfandgläubiger aus den Zeiten des alten Eigenthümers zustehenden, Separationsrechtes für eine ungeheure juristische Inconsequens und kürzlich noch hat

Spangenberg: (Archiv für die civilistische Praxis Theil X. Nro. 19.) „Ueber das Separations-Recht ex jure crediti bei Concursen."

die Unstatthaftigkeit des fraglichen Separationsrechtes, im wesentlichen aus den, schon von Glück und Thibaut angeführten, zum Theil aber auch aus andern Gründen, deducirt." [6])

Indessen bekennt Glück selbst l. c.: daß nach dem Gerichtsgebrauch die gegentheilige, den unbedingten Vorzug der Pfandgläubiger des alten Eigenthümers anerkennenden, Meinung wohl keinem Zweifel mehr unterworfen sey und auch

Schweppe: System des Concurses der Gläubiger, §. 69. (edit. 2.)

ob er gleich ebenfalls in theoretischer Hinsicht die Unhaltbarkeit dieser Meinung anerkennt, bemerkt: „Dennoch ist der Gerichtsgebrauch für den

---

*) Referent behielt sich die Vorlesung dieser Ausführung bei dem Vortrag seines Gutachtens vor.

„Vorzug entschieden, und dessen Beibe-
„haltung zum Besten des wahren Rechts drin-
„gend zu wünschen, hauptsächlich auch, weil
„die Schuldverhältnisse des neuen Eigenthü-
„mers oft anders sind und die Gefahr vergrö-
„ßern und eine Veräußerung des Eigenthü-
„mers an eine verschuldete Hand leicht in gänz-
„liche Vernichtung des Pfandrechts ausarten
„könnte."

Vergl. Schweppe: Römisches Privatrecht in seiner heutigen Anwendung (4te Auflage) Band 2. §. 361.

Nach dem Zeugniß von Hagemann (in dem allegirten sechsten Theil der prakt. Erörter.) besteht dieselbe Praxis unverrückt bei dem Ober-Appellations-Gericht zu Celle und ebenso giebt auch Spangenberg l. c. (mit Bezug auf Hagemann und Ramdohr [7]) zu, daß jene Ansicht von sehr geachteten Gerichtshöfen bisher befolgt worden sey." —

Nachdem der Referent die Praxis des höchsten Gerichts selbst über die angeregte Rechtsfrage berührt hatte, nähert er sich seinem Antrag.

„Ich finde demnach das Separations- oder Quasi-Separationsrecht derjenigen Gläubiger, deren Forderungen bereits auf ein Gut unterpfändlich radicirt waren, ehe es titulo singulari an den Gemein-

---

7) in seiner Schrift: „Juristische Erfahrungen ꝛc."

schuldner kam, oder die es, wie Hagemann l. c. pag. 142 noch hinzufügt) absque novatione et sub prioris pignoris nexu in dessen Hände übergeben ließen, — sohin den Vorzug solcher Pfandgläubiger vor allen, bei dem nachherigen Erwerber des Pfandobjects erst entstandnen, selbst den privilegirtesten, Hypotheken und namentlich vor den Illaten der Ehefrau des neuen Acquirenten auch durch die Praxis unsers Tribunals sanctionirt [8]) und da

---

[8]) Der Referent führt zur Nachweisung dieser bisherigen Praxis namentlich folgenden Rechtsfall an:

„A. D., herrschaftlicher Erbbeständer auf dem D. Hof hatte solchen im Jahr 1803 an J. B. für 9000 Gulden verkauft und sich bis zur gänzlichen Bezahlung des creditirten Kaufschillingsrestes ein Pfandrecht daran reservirt.“

Wenige Monate nachher verkief J. B. den Hof wieder, mit Genehmigung des A. D., unter den nämlichen Bedingungen und ausdrücklichen Erwähnung der, demselben vorbehaltenen, Hypothek an die Brüder Chr. und Conr. Z. und deren Eheweiber. Diese Brüder geriethen im Jahr 1805 in Concurs und der Hof wurde subhastirt. Es entstand jetzt zwischen den Z—schen Eheweibern, welche ihr, angeblich schon im Jahr 1791 inferirtes, Vermögen repetirten, sodann dem Großherzoglichen Cameralfiscus wegen dessen Forderung für rückständigen Erbpacht ꝛc. und dem A. D. wegen dessen, noch rückständiger, Restkaufschillingsforderung ein Prioritätsstreit. Letzterer behauptet, daß das

diese Ansicht nicht nur die unzweifelhafte Majorität der älteren und neueren Rechtslehrer — sondern auch die Rechtssprechung anderer angesehener Ge-

von ihm reservirte, auf den Hof radicirte, Pfandrecht gesetzlich so sehr privilegirt sey, daß er vorzugsweise vor allen übrigen Gläubigern, namentlich den Z—schen Ehefrauen, aus dem Erlös des Hofes befriedigt werden müsse, jedenfalls aber, da seine Hypothek schon, ehe das Gut von den Gemeinschuldnern acquirirt worden, existirt habe, ihm ein Separations-Recht zustehe. Das Oberamt U. collocirte gleichwohl den A. D. nach den beiden andern Creditoren und unter diesen den fiscus voran."

"Auf die, von A. D. und den Z—schen Ehefrauen gegen dieses Erkenntniß ergriffene Berufung setzt das Mittelgericht zwar beide Appellanten dem Fiscus, die Z—schen Ehefrauen jedoch dem A. D. abermals vor. Dieser und der fiscus wendeten sich nun im Wege der Oberappellation an unser Tribunal und hier endlich war A. D. so glücklich, nach erkannten Appellations-Prozessen durch Urtheil vom 4. Juny 1810 auch den Z—schen Ehefrauen prälocirt zu werden."

und fügt dann hinzu: "Daß der Entscheidungsgrund lediglich in dem, dem A. D. eingeräumten Separationsrecht, darin beruhte, weil er schon ein Pfandrecht auf das Gut hatte, ehe es an die Gemeinschuldner übergegangen war, geht aus den betreffenden beiden Vorträgen des Herrn Referenten — ganz klar und deutlich hervor."

richtshöfe für sich hat, da diesem Gerichtsgebrauch außerdem die Billigkeit zur Seite steht und die Beibehaltung desselben wie schon Schweppe l. c. bemerkt, zum Besten des wahren Rechts um so mehr zu wünschen ist, als der Pfandgläubiger die Veräußerung seines Unterpfands an einen Dritten sehr oft nicht einmal erfährt und, wenn dieses auch der Fall wäre, doch der Regel nach nicht verhindern kann, folglich hierdurch, wollte man ihm jenes Recht nicht zugestehen, ganz leicht ohne seine Schuld per factum tertii um sein Pfandrecht gebracht und betrogen werden könnte, so beuge ich mich willig unter die nämliche Meinung und Praxis, so problematisch auch, wie ich nicht verheele, ihre Vereinbarlichkeit mit der Theorie erscheint."

„Hiernach wird man denn auch in substrato dem Oberappellaten F. H. für seine unbestrittne, schon vor und zu der Zeit, als die Mühle quest. von B. Z. erkauft, darauf hypothekarisch versichert gewesene, Forderung ein gleiches Separations- und Vorzugsrecht vor dem, von den oberappellantischen B. Z—schen Kindern reclamirten, mütterlichen Vermögen einräumen müssen."

C.

Anwendung des Gesetzes vom 30. May 1821 über die Aufhebung der sogenannten Fornikations-strafen.

§. 1.

Einleitung.

Schon im Jahr 1818 oder 1819 legte die Gesetzredactions-Commission einen Antrag in Betreff der Aufhebung der, noch in den alten Provinzen des Großherzogthums (im Gegensatz der Provinz Rheinhessen) angewendeten, Fornikationsstrafen (Gefängnißstrafe, die mit einer bestimmten Geldsumme reluirt werden konnte, zuletzt blos Geldstrafe) der Staatsregierung vor. [1]) Auf Veranlassung des Antrags eines Mitgliedes der zweiten Kammer der Landstände vereinigten sich die beiden Kammern im Jahr 1821 zu dem Gesuch an die Staatsregierung:

„den Ständen den Entwurf eines Gesetzes vor-
„zulegen, wodurch:

[1]) Verhandlungen in der zweiten Kammer der Landstände im Jahr 1821 Heft 12. S. 72.

1) „die Strafen der einfachen Fleischesverge-„hen oder die sogenannten Fornikationsstra-„fen, zugleich aber auch

2) „ein jedes gerichtliche Verfahren, dessen Zweck „sey, den angeblichen Vater eines unehelichen „Kindes zu entdecken oder zu überführen, so-„mit also ein jedes Klagrecht der außerehelich „Geschwängerten gegen den angeblichen Schwän-„gerer auf Anerkennung oder Ernährung des „Kindes, so wie auf sogenannte Privatsatis-„faction und Kostenersatz in denjenigen Thei-„len des Großherzogthums, wo dergleichen „noch bestehe, aufgehoben werde."

Die Vorlegung dieses Gesetzesentwurfs, wegen dessen die Gesetzgebungs-Commission vorher noch mit ihrem Gutachten vernommen worden war, [2]) erfolgte noch auf demselben Landtag.

Nachdem er von den Ständen seiner ganzen Redaction nach genehmigt worden war, wurde er unterm 30. May 1821 [3]) als Gesetz publicirt:

„Gesetz über die Aufhebung der sogenannten „Fornikationsstrafen."

„Ludewig von Gottes Gnaden Großherzog von „Hessen und bei Rhein ꝛc. ꝛc.

---

[2]) Verhandlungen ꝛc. Beilage zum 18ten Heft S. 112.

[3]) Regierungsblatt vom Jahr 1821 Nr. 15. Seite 193 194.

„Nachdem Wir Uns, sowohl von der Unzweck=„mäßigkeit der Strafen, welche in einem Theil „Unseres Großherzogthums auf die einfachen Flei=„schesvergehen gesetzt sind, als von den Nachtheilen „gerichtlicher Untersuchungen, deren Zweck die Aus=„mittelung des Vaters eines, durch außerehelichen „Beischlaf erzeugten, Kindes ist, auf erstatteten „Bericht Unsers Geheimen Staatsministeriums „nach genauer Erwägung der Sache überzeugt ha=„ben; so finden Wir Uns unter Beirath und Zu=„stimmung Unserer getreuen Landstände bewogen, „Folgendes gesetzlich zu bestimmen:“

Art. 1.

„Alle Strafen des freiwilligen außerehelichen „Beischlafs zwischen Personen ledigen Standes, „welche in verbotenen Graden miteinander weder „verwandt noch verschwägert sind, sie mögen sich „vorher die Ehe versprochen haben, oder nicht, hö=„ren von nun an gänzlich auf.“

Art. 2.

„Ein gerichtliches Verfahren, welches zum „Zweck hat, den angeblichen Vater eines unehe=„lichen Kindes zu entdecken, oder zu überführen, „findet auch wegen früherer, noch nicht anhängiger, „Fälle nicht mehr Statt; es ist daher gegen densel=„ben eine Klage auf Anerkennung oder Ernährung

„des Kindes so wenig, als auf Privatsatisfaction „und Kostenvergütung fernerhin zulässig.“

Art. 3.

„Unsere sämmtliche Gerichte, und alle, welche „es angehet, haben sich hiernach genau zu achten, „wobei sich übrigens von selbst versteht, daß eine „jede grobe Sittenlosigkeit im Umgang beider Ge„schlechter in Zukunft, wie bisher, der polizeilichen „Einschreitung und angemessener Ahndung unter„liegt.“

„Urkundlich Unserer eigenhändigen Unterschrift „und des beigedruckten Staatssiegels.“

„Darmstadt den 30. May 1821.“

„Ludewig.“

(L.S.) „von Grolman.“

§. 2.

Gerichtliche Verhandlung in erster Instanz.

Im Jahr 1823 erschien J. B. v. W. bei dem Landgericht G. und stellte bei demselben gegen die M. K. von W. eine Injurienklage an. Er gab an, diese Person sey niedergekommen und verbreite das falsche Gericht, er sey der Vater ihres Kindes und belangte sie auf Genugthuung wegen dieser Beschimpfung.

Die Beklagte gab die Nachrede zu, stellte in Ab-

rede, daß darin eine Ehrverletzung läge und schützte die Einrede der Wahrheit vor.

Replicando stützte sich Kläger auf das Gesetz vom 30. May 1821, wornach die Einrede der Wahrheit unzulässig sey.

Die Schlußerklärung beschäftigte sich damit, auszuführen, daß das Gesetz vom 30. May 1821 blos zum Zweck habe, ein Verfahren zu vermeiden, wodurch der Vater eines unehelichen Kindes überführt werden solle, was hier Nebenzweck sey, so, daß kein Grund vorhanden sey, ein Verfahren überhaupt für unzulässig zu erklären.

§. 3.

Entscheidung in erster Instanz.

Das Landgericht interloquirte auf Beweis, indem es dahin erkannte:

„Würde Beklagte — den Gegenbeweis des
„Klägers in gleicher Frist vorbehältlich, inner-
„halb 14 Tagen rechtlicher Ordnung nach dar-
„zuthun im Stande seyn:
„daß Kläger der Vater ihres Kindes sey"
„so soll u. s. w.

Auf das Gesuch des Klägers um Deklaration dieses Erkenntnisses wurde dasselbe dahin erläutert, unter dem verlangten Beweis der Vaterschaft sey der Beweis der zur gehörigen Zeit vorausgegangenen fleischlichen Vermischung verstanden.

§. 4.

§. 4.

Entscheidungsgründe des Gerichtes erster Instanz.

Der Unterrichter gieng entscheidend von der Annahme aus, daß das Gesetz vom 30. May 1821 über die Aufhebung der sogenannten Fornikationsstrafen auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sey. Dieses Gesetz, an sich schon der Gegenstand sehr entgegengesetzter Beurtheilungen, und nicht so glücklich durch Institutionen der Verwaltung unterstützt und gemildert, wie in Frankreich, aus dessen Gesetzgebung dasselbe als ein abgerissener Theil entnommen worden sey, gehöre unstreitig unter die sogenannten jura singularia (exorbitantia) welche der strengsten Auslegung unterworfen seyen. Man müsse also bei seiner Anwendung von dem Satze ausgehen, daß alles Bestehende, welches nicht ausdrücklich dadurch aufgehoben worden, als fortbestehend betrachtet werden solle. Dann deute die Aufschrift auf die Intention des Gesetzgebers. Die Fornikationsstrafen sollen aufgehoben, mithin alle, dahin einschlägigen, Untersuchungen ein für allemal beseitigt seyn. Dazu komme noch die Betrachtung, daß der Art. 2. des Gesetzes bestimme, ein gerichtliches Verfahren, welches zum Zweck habe, den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes zu entdecken und zu überführen, finde nicht mehr Statt,

daher eine Klage auf Anerkennung und Ernährung des Kindes, desgleichen auf Privatsatisfaction und Kostenvergütung, fernerhin unzulässig seyn solle. Außer jener Aufhebung der öffentlichen Strafe, welche die Aufschrift andeute, sey also auch die sogenannte Paternitätsklage damit beseitigt.

Die Aufschrift würde daher erst durch den Zusatz „und Vaterschaftsklagen" vollständig geworden seyn, indem die Artikel 1. und 2. allerdings zwei ganz verschiedene Gegenstände, nämlich 1) das, früher bei Schwängerung bestandene, amtliche Verfahren und 2) die, der Geschwängerten zugestandene, Civilklage begriffen.

Das vorliegende Gesetz dürfe also keineswegs ausdehnend auf andere Fälle interpretirt werden und so könne es auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagten zur Begründung der, von ihr opponirten, Einreden der Wahrheit auch der Beweis nachgelassen werden müsse, daß Kläger Vater ihres Kindes sey, indem Beklagte nur auf diesem Weg vor der verlangten Genugthuung sich zu schützen vermöge.

§. 5.

Prozeßgeschichte in zweiter Instanz.

Gegen das, durch diese Gründe motivirte, Erkenntniß des Landgerichts ergriff Kläger das Rechts-

mittel der Appellation an das Obergericht. Er fand sich dadurch beschwert, daß auf Beweis der Vaterschaft, oder, wie die Deklaration des Urtheils ausspreche, der, zur gehörigen Zeit vorausgegangenen, fleischlichen Vermischung erkannt worden sey, indem nach dem Gesetz vom 30. May 1821 ein solcher Beweis gar nicht verlangt werden könne. Der Eingang des Gesetzes und der Art. 2. desselben ließen hierüber nicht den geringsten Zweifel übrig. Die „Nachtheile" gerichtlicher Untersuchungen, deren Zweck die Ausmittelung des Vaters eines, durch außerehelichen Beischlaf erzeugten, Kindes sey, hätten den Art. 2. veranlaßt. Darin heiße es allgemein: „Ein gerichtliches Verfahren ꝛc." findet nicht Statt und wenn, worauf der Unterrichter hauptsächlich Gewicht lege, in dem Nachsatz dieses Artikels gesagt werde:

„Es ist daher gegen denselben eine Klage auf „Anerkennung und Ernährung des Kindes so „wenig, als auf Privatsatisfaction und Kostenvergütung fernerhin zulässig,"

so habe der Gesetzgeber nicht die, in dem Nachsatz speciell genannten, Fälle eines gerichtlichen Verfahrens aufheben wollen, sondern diese seyen nur beispiels- und erläuterungsweise angeführt worden, wie aus der ganz allgemeinen Stellung des ersten Satzes, in Verbindung mit dem Eingang des Gesetzes und

Bayerische
Staatsbibliothek
München

den, dem Gesetz vorausgegangenen, Erörterungen unzweideutig hervorgehe.

§. 6.

Entscheidung in zweiter Instanz.

Nachdem der Unterrichter die Acten erster Instanz mit dem Appellationsbericht, worin er sich auf die, dem Erkenntniß beigefügten, Entscheidungsgründe bezog, eingesandt hatte, erkannte das Gericht zweiter Instanz unterm 9. May 1824 der Meinung des Referenten beitretend, confirmatorisch.

§. 7.

Votum des Referenten.

„Die, gegen die Beweisauflage der unterrichterlichen Erkenntnisses ergriffene, Beschwerde ist „meines Erachtens ungegründet. Denn es kann:

„1) durchaus nicht bezweifelt werden, daß die „höchste Verordnung vom 30. May 1821, als ein „correctionelles Gesetz, streng nach ihrem Wort-„Inhalt, keineswegs aber ausdehnend erklärt „werde. Es ist aber

„2) im Eingang und im Art. 2. jener Verordnung deutlich gesagt,

„daß ein gerichtlich Verfahren welches den „Zweck hat, den angeblichen Vater eines un-

„ehelichen Kindes zu entdecken oder zu über-
„führen,“
„nicht mehr Statt finden soll. Es erhellt also
„hieraus sehr deutlich, daß ein gerichtliches Ver-
„fahren über diesem Gegenstand nur dann unzu-
„lässig erscheint, wenn es wirklich den angegebenen
„Zweck hat, indem die Verbindlichkeiten, welche
„nach der früheren Gesetzgebung dem Vater eines
„unehelichen Kindes oblagen, durch jene Verord-
„nung aufgehoben worden sind, und es daher in
„dieser Beziehung nicht nöthig scheint, durch ein
„gerichtliches Verfahren den angeblichen Vater ei-
„nes unehelichen Kindes auszumitteln, und seiner
„Handlung zu überführen.“

„Da nun

„3) die fragliche Beweis-Auflage keineswegs
„den Zweck hat, den Appellanten zu überführen,
„daß er der Vater des Kindes der Appellatin sey,
„und in dieser Beziehung besondere Pflichten gegen
„dieselbe zu erfüllen habe, sondern da sie nichts
„weiter bezwecken soll, als die Vertheidigung der
„Appellatin gegen die, von dem Appellanten gegen
„sie angestellte, Injurien-Klage und die Höchste
„Verordnung vom 30. May 1821 keineswegs ver-
„ordnet,

„daß der Beweis der Vaterschaft in keiner
„Beziehung für die Zukunft zugelassen
„werden soll,“

„welches wohl erforderlich gewesen wäre, wenn die „unterrichterliche Beweis-Auflage mit der gedachten „Verordnung in Widerspruch stehen sollte, so halte „ich diese Beweis-Auflage nicht für widerrechtlich."

§. 8.

Votum des Correferenten.

„Ich neige mich zur Ansicht des Appellan„ten, nämlich dahin, daß der Beweis der Pa„ternität auch selbst zum Behufe der Begründung „der exceptio veritatis nicht zulässig sey.

„Vorläufig, und, wenn auch nicht als ent„scheidend, doch als beachtenswerth, bemerke ich „daß es die entschiedene Ansicht der Ständeversamm„lung war, den ganzen Scandal auf einmal zu „beseitigen, und daß die Motion nur durch die All„gemeinheit ihrer Ausdehnung den Beifall der „Stände gewann."

„Gehen wir nun aber, was entscheidender ist, „auf die dispositiven Worte des Gesetzes selbst „über, so finden wir diese sehr allgemein und „unbedingt. Nach denselben findet kein gerichtli„ches Verfahren mehr statt, welches den Zweck hat, „den angeblichen Vater eines unehelichen Kindes „zu entdecken. Mir scheint es nun, daß, schon „nach gewöhnlicher grammatikalischer Auslegung, „dem dispositiven Wortlaute des Gesetzes zu Folge,

„ein Beweisverfahren, welches zum Zweck habe, „den angeblichen Vater des Kindes der Beklagten „auszumitteln, nicht stattfinden dürfe, da ein Be„weisverfahren allemal ein Verfahren ist, und das, „vom Verfahren überhaupt sprechende, Gesetz auf „Beweisverfahren wohl anwendbar scheint."

„Man wendet ein, im vorliegenden Fall sey „der Zweck der Exception und des Exceptionsbewei„ses keineswegs der, den Vater auszumitteln, son„dern der Zweck der Exception sey ultimato der, „eine Abweisung des Injurien-Klägers zu erwirken „und dazu solle die Beweisführung nur als Mit„tel dienen, nicht als Zweck."

„Allein die Ueberführung des Klägers, die Aus„mittelung der Wahrheit der Behauptung, daß er „Vater sey, ist ja doch allemal Zweck des Be„weisverfahrens; Das Beweisverfahren ist „also ein Verfahren, welches zum Zweck hat, den „angeblichen Vater des unehelichen Kindes der Be„klagten auszumitteln, und folglich ein Verfahren „der Art, welches das Gesetz reprobirt."

„Anders würde ich urtheilen, wenn das Gesetz „statt der Worte:

„Ein gerichtliches Verfahren"

„etwa den Ausdruck gebraucht hätte:

„Eine Klageführung:"

„Dann würde ich diese Verfügung gerne nur „von solchen Klagen verstehen, deren petitum dar-

„auf gestellt ist, den Beklagten für den Vater des „Kindes zu erkennen und demgemäs zu verurthei„len, Vaterpflichten zu erfüllen: — So aber, da „die Misbilligung in der allgemeinen Ausdehnung:

„jedes Verfahren"

„ausgesprochen ist, wüßte ich nicht, warum man „diese, vom Gesetzgeber so allgemein gegen jedes „Verfahren ausgesprochene, Misbilligung nicht vom „Beweisverfahren verstehen sollte, zumal, da eben „das Beweisverfahren gerade dasjenige ist, auf wel„ches die Worte des Gesetzes am aller besten pas„sen, indem das

„Entdecken und überführen"

„ja gerade recht eigentlichen Zweck des Beweisver„fahrens ist. Und eben so wenig wüßte ich einen „juristischen erheblichen Unterschied darin zu legen, „ob der Beweis zu Bewährung des Klagefunda„ments oder des fundamenti excipiendi versucht „werden will, indem auf beide Fälle der deutliche „Wortlaut des Gesetzes sowohl, als auch die In„tention des Gesetzesvorschlags gleichmäßig paßt, „und überhaupt auch hier die Wahrheit gilt, daß „reus excipiendo fit. actor."

„Mit dem, im, bisher besprochenen, dispositi„ven Inhalte des Gesetzes gebrauchtem, Ausdrucke „Verfahren ist auch der, im Prooemio vorkom„mende, Ausdruck wenigstens gleichbedeutend:

„gerichtliche Untersuchung, deren Zweck die
„Ausmittelung des Vaters 2c. ist,"

„wobei übrigens die Worte: Untersuchung „und Ausmittelung, an die französische re„cherche de la paternité erinnern.

„Da es wahrscheinlich ist, daß der höchste Ge„setzgeber bei Erlassung dieser Gesetze eine Gleich„förmigkeit [4]) mit der rheinischen Gesetzgebung im „Auge hatte, [5]) auch die Ständeversammlung die „Absicht, eine solche Gleichförmigkeit zu erzielen, „ausdrücklich ausgesprochen hat, so ist es wohl nicht „ganz uninteressant, auch darauf einen Blick zu „werfen, wie die vorliegende Streitsache etwa in „Mainz entschieden werden müsse.

---

4) Historisch critische Darstellung der Verhandlungen der Ständeversammlung im Großherzogthum Hessen im Jahr 1820 und 1821 v. P. J. Floret. Gr. H. Oberappell. Gerichts Rath 2c. Gießen 1822 S. 263.

„Diese gesetzliche Verfügung ist übereinstimmend „mit der des Art. 340 des französischen Civilge„setzbuches."

5) Der Vortrag des Regierungs-Commissärs

Verhandl. 2c. Beilagen zum 18ten Heft Seite 111 — 113.

womit er den Gesetzesvorschlag vorlegte, hebt diese Absicht nicht ausdrücklich hervor.

„Das französische Recht kennt (einen ganz spe-
„ciellen Fall ausgenommen) keinen andern Beweis
„der Vaterschaft eines unehelichen Kindes, als
„den aus der freiwilligen Anerkennung des Va-
„ters. Die Ausmittelung der Vaterschaft ist,
„wie bei uns jetzt, untersagt.

Code Nap. Art. 340.

La recherche de la paternité est interdite [6])

„Wie allgemein aber der französische Cassations-
„hof diese gesetzliche Misbilligung auf jeden Be-
„weis der Paternität erstrecket, zeigt folgende Ent-
„scheidung desselben: Personen, welche sich keiner
„ehelichen Geburt erfreuten, waren von einem rei-
„chen Mann zu Erben eingesetzt worden. Die Inte-
„staterben, um jenen die Erbschaft streitig zu ma-
„chen, behaupteten, sie seyen vom Erblasser im Ehe-
„bruch erzeugt und deshalb unfähig, die Erbschaft
„zu erwerben. Sie erboten sich, dieses zu erwei-
„sen. Allein der Cassationshof entschied, daß diese
„Beweisführung unzulässig sey, ungeachtet sie zur
„Begründung der Einrede der Incapaci-
„tät angeboten war und auf gleiche Weise wurde
„von demselben Gerichtshofe mehrfältig erkannt.

---

[6]) Uebersetzung von Gerhardi:
„Es ist verboten, zu untersuchen, wer Vater
„eines Kindes sey."

„Ich bin aus diesen Gründen der Meinung, „daß der Beweis der Paternität auch als Exceptions-Beweis als unzulässig verworfen werden „müsse.“

§. 9.

Fixirung eines Präjudizes auf Veranlassung dieses Rechtsstreites.

Dieser Rechtsstreit und die erlassene Entscheidung veranlaßte das Obergericht zur Fixirung des Präjudizes:

„Es ist zwar nach Maasgabe der höchsten Verordnung vom 30. May 1821 ein Verfahren, „welches den Zweck hat, den Beklagten zu „überführen, daß er der Vater eines unehelichen Kindes sey, und aus diesem Grunde besondere Pflichten zu erfüllen habe, unzulässig, dagegen aber findet der Beweis der „Vaterschaft allerdings dann Statt, wenn die „Beklagte, welche deßhalb mit einer Injurienklage belangt wurde, weil sie behauptet „hat, daß der Kläger der Vater ihres unehelichen Kindes sey, die exceptio veritatis vorschützt, um sich gegen jene Klage zu schützen. „Denn es muß in jedem Falle, die höchste „Verordnung vom 30. Mai 1821 als lex

„correctoria ſtrict interpretirt werden, und „da ſie nirgends ſagt, daß der Beweis der „Vaterſchaft in keiner Beziehung zuläſſig ſeyn „ſoll, ſo erſcheint er in dem erwähnten Fall „als erlaubt.“

D.

Ist der Richter verbunden, von Amtswegen auf Verzugszinsen zu erkennen?

Im August 1821 trat der Bürger und D. S. in D. gegen die Concursmasse des V. B. daselbst bei dem Stadtgerichte D. auf und machte eine Forderung von 975 und resp. 20 fl. geltend. Es entspann sich dadurch ein Rechtsstreit bei diesem Gericht, das unterm 13. Juni 1826 dahin erkannte:

„daß des Liquidanten Forderung von 975 fl. „nunmehr gleich der andern von 20 fl. für liquid zu erklären sey."

Gegen dieses Urtheil ergriff Liquidant das Rechtsmittel der Berufung, sich dadurch für beschwert erklärend, daß ihm nicht die Zinsen der eingeklagten Summe vom Tage der Klage an zuerkannt worden seyen. Da diese mehrere hundert Gulden betrügen, so sey es außer Zweifel, daß die Appellation ergriffen werden könne. Zur Rechtfertigung dieses Rechtsmittels führte er an, daß der Schuldner von jeder Forderung gesetzliche Zinsen von dem Augenblicke des Eintritts der mora an bezahlen müsse und dieser Vorzug trete in dem Augenblick der Aufforderung zur Erfüllung der Verbindlichkeit, also na-

türlich auch dann ein, wenn eine Klage auf Erfüllung angestellt worden sey. Es müßten also auch die Wirkungen einer mora namentlich in Bezug auf die Zinsenzahlung mit dem Tag der Klageanstellnng oder wenigstens der Insinuation derselben eintreten. Zwar sey in der Klage nicht ausdrücklich um Zuerkennung dieser Zinsen gebeten worden. Allein dieses Gesuches bedürfe es bekanntlich nicht bei Zinsen, die, wie namentlich bei Verzugszinsen der Fall sey, kein eignes Klagfundament hätten. Der Richter dürfe und müsse auf diese sowohl, auf die übrigen ähnlichen Accessionen von Amtswegen erkennen.

Der Unterrichter habe die Hauptforderung für liquid erkannt und damit ausgesprochen, daß der Gemeinschuldner schon längst zu deren Bezahlung verbunden gewesen sey. Dieser habe also zugleich auch auf Zahlung der Zinsen des Verzugs vom Tage der Klage anerkennen müssen und zwar um so mehr, da in concreto die mora schon lange vor angestellter Klage eingetreten sey, während er, (Appellant) wie seine Eingabe vom 22. Juni 1826 ausweise, nur Verzugszinsen vom Tage der Klage an verlangt habe. Da diese Zuerkennung nun nicht erfolgt sey, so bliebe, da bekanntlich keine eigne Klage hinsichtlich der Zinsen zustehe, nichts als der Weg der Appellation übrig.

Appellant bat demnach um reformatorische Entscheidung dahin, daß die Appellatin auch zur Zah-

lung der Verzugszinsen vom Tage der Klage an schuldig sey."

In dem Appellations-Bericht gab der Unterrichter als Entscheidungsgrund an, daß Appellant im Verfahren erster Instanz alles das versäumt habe, was er zur Anerkennung der Ansprüche, die er in der Appellationsinstanz verfolge, vorgebracht habe.

Der, vom Obergericht bestellte, Referent war der Ansicht, daß die Beschwerde des Appellanten begründet sey, ihm also die, von ihm in Anspruch genommenen, Zinsen vom Tage der Klage an zuzuerkennen seyen. Es sey zwar allgemeiner Grundsatz, daß der Richter nur das dem Kläger zusprechen könne, um was derselbe gebeten habe. [1]) Allein diese Regel leide bei Accessionen, Früchten, Verzugszinsen, Kosten eine unbestrittene Ausnahme, indem der Richter darauf erkennen könne, ohne daß darum gebeten worden sey. Dagegen sey es bestritten und zweifelhaft, ob der Richter von Amtswegen auf die Accessionen erkennen müsse. Nach mehreren Rechtslehrern, z. B.

---

[1]) Mehrere Rechtslehrer, z B. Leyser: Medit. ad Pand. Spec. 38. Coroll. 3.

„Usuras non petitas, judex adjudicare ne-
„quit."

sind der Meinung, daß der Richter nicht befugt sey, nicht eingeklagte Zinsen zuzuerkennen.

Hofacker: princ. jur. civ §. 1022.

Thibaut, System des Pandectenrechtes §. 567. die sich auf

L. 3. Cod. de fruct. et lit. exp. (7. 51.) bezögen, habe der Richter die Verbindlichkeit, von Amtswegen darauf zu erkennen. [2]) Allein obgleich er in dieser Gesetzesstelle diese Vorschrift nicht aufzufinden vermöge und der Ansicht geneigt sey, daß der Richter nur zu dieser Zuerkennung befugt sey, weil diese weniger von der Regel abweiche, so scheine doch der Richter seiner Meinung nach

[2]) S. auch: Canngieser: Collectiones notab. decisionum sup. tribun. Hasso-Cassellani tom 1. Dec. 36. Nota 37.

Müller: Promtuarium juris novum sub voce: Usurae Nro. 14. 28.

„Judex ex officio usuras adjudicare debet, „presertim, si clausula salutaris imploratus „fuerit.“

„Usurae — ex mora debitae, a judice non „solum ad judicari possunt, sed etiam de„bent, quamvis non petitae sint — quum „petitio hujus generis usurarum, quamvis „non expresse facta sit, tacite tamen facta „censeatur et judicis officium eo tendat, ut „partibus adjudicet, quod iis debitum sit, „quamvis vel maxime id expresse non pe„tierint.“

nach auf die Accessionen erkennen zu müssen, welche zuerst während des Laufs des Rechtsstreites entstanden seyen, weil der Kläger diese mit der Klage noch nicht habe einklagen können, oder, weil sie noch nicht erwachsen, also hinsichtlich ihrer noch nicht actio nata vorhanden gewesen. Unter diese Accessionen zähle er die Verzugszinsen, welche von der Klage an erwachsen seyen, also zur Zeit der Anstellung derselben noch nicht existirt hätten, mithin, streng genommen, mit der Klage nicht hätten eingefordert werden können.

Der Correferent war der entgegengesetzten Ansicht. Da es keinem rechtlichen Anstand unterliege, daß Vorzugszinsen mit der Hauptschuld eingeklagt werden könnten, so rechtfertige sich die Folgerung, daß, wenn der Kläger in der Klage nicht mit der Hauptschuld auch Verzugszinsen anspreche, es nicht Verbindlichkeit des Richters sey, auf letztere zu erkennen. Denn er könne nicht wissen, ob der Kläger nicht absichtlich unterlassen habe, von seiner Befugniß Gebrauch zu machen und Beneficien seyen nicht aufzudringen.

Wenn der Referent unterstelle, daß diese Verbindlichkeit wenigstens für den Fall anzunehmen sey, wenn die Accessionen erst während des Laufes des Prozesses entstanden seyen, so könne er auch dieser Meinung nicht beitreten, weil eines Theils der Kläger denn doch während des Prozesses immer noch

Gelegenheit finden könne, seine Klage zu verbessern und andern Theils der Satz, wenn er auch richtig wäre, seine Anwendung verlieren müsse, weil Appellant selbst anführe, daß, obgleich in concreto die mora schon lange vor angestellter Klage eingetreten sey, was auch nach den Umständen nicht zu bezweifeln sey, er doch in dem Vortrag vom 22. Juni 1826 (nach eingetretener Rechtskraft [9]) des unterrichterlichen Erkennisses) die Zinsen nur vom Tage der Klage angesprochen habe, woraus also bestimmt hervorgehe, daß zur Zeit der angestellten Klage der Beklagte schon in Verzug, somit der Kläger nicht gehindert gewesen sey, Verzugszinsen anzusprechen.

Außerdem glaube er für seine Meinung noch den Umstand anführen zu können, daß, so viel ihm bekannt, bei Contumacial-Erkenntnissen auf Verzugszinsen nicht von Amtswegen (d. h. wenn um deren Zuerkennung nicht gebeten worden sey) erkannt werde.

Das Colleg trat der Ansicht des Referenten bei. —

In Sachen rc. wird — zu Recht erkannt,

„daß — das stadtgerichtliche Erkenntniß vom „13. Juni 1826, unter Verurtheilung des Ap„pellaten in die Kosten der Appellations-In-

---

[9]) gegen welche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt wurde.

„stanz, dahin zu ergänzen sey, daß dem Klä„ger von den Forderungen, welche in dem „stadtgerichtlichen Erkenntniß vom 13. Juni „1826 für liquid erkannt worden seyen, Ver„zugszinsen vom Tage der Klage an zuzusprechen seyen.“

V. R. W.

Dessen zur Urkunde ꝛc.

D. den 31. März 1827.

Beide Theile beruhigten sich bei dieser Entscheidung.

Dieser Rechtsfall gab Veranlassung zur Fixirung eines Präjudizes, das dahin redigirt wurde:

„Der Richter ist von Amtswegen verbunden, „auf Verzugszinsen zu erkennen, wenn auch „der Kläger es unterlassen hat, darum anzu„stehen. Sollte ein Untergericht es unterlas„sen haben, nach diesem Grundsatz zu entschei„den, so kann hiergegen von dem Kläger in „der Appellations-Instanz Beschwerde erhoben „werden. [10])

---

[10]) Denn nur mit dem Augenblick, da das unterrichterliche, die Zinsen nicht zusprechende, Erkenntniß in Rechtskraft übergetreten ist, erlischt das Recht des Klägers auf Zuerkennung der Zinsen.

Struben: Rechtliche Bedenken Theil 1. Bed. 63.

E.

Ueber die Frage, ob und in wie weit dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungs-Recht versagt ist? [1])

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

Die Wittwe M. in D. lieh im Jahr 18.. dem Bürger und Schreinermeister B. daselbst die Summe von 3000 fl. wofür ihr der Darlehnsempfänger zur Sicherheit sein Wohnhaus gerichtlich verpfändete. Später trat die Gläubigerin ihre Forderung mit allen Rechten an den hiesigen C. H. ab.

---

[1]) In einer Abhandlung: Beitrag zur Erörterung der Frage: Versagt das römische Recht dem nachstehenden Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht? hat der Bearbeiter dieses Rechtsfalls sich mit der Erörterung dieser Quästion beschäftigt. Er hat darin nachzuzeigen versucht, daß diese Frage unbedingt zu verneinen sey.

Diese Abhandlung wird in dem zweiten Heft des dritten Bandes der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll, und v. Wening Ingenheim, abgedruckt erscheinen.

Der Schuldner sah sich genöthigt, ein weiteres Capital von 3000 fl. bei dem G. S. V. in D. aufzunehmen. Zur Sicherheit dieses Darlehns verpfändete er demselben das nämliche Wohnhaus, indem er ihm eine gerichtliche Nachhypothek bestellte.

Die Erben dieses Nachhypothekargläubigers klagten im Jahr 1826 ihre Darlehnsforderung gegen ihren Schuldner bei dem Stadtgericht D. ein und erwirkten ein Urtheil dieses Gerichts, wodurch dieser zur Befriedigung der Kläger mit Capital, Zinsen und Kosten condemnirt wurde. Da der Beklagte dem Urtheil nicht genügte, so verfügte das Gericht zum Zweck der Vollstreckung desselben auf Anstehen der Kläger die öffentliche Versteigerung des, zur Nachhypothek constituirten, Wohnhauses.

§. 2.

Prozeß-Geschichte in erster Instanz.

Hierdurch fand sich der Vorhypothekargläubiger C. H. veranlaßt, gegen die Kläger als Intervenient aufzutreten und, weil er rechtlich nicht verbunden sey, sich dem Verkauf des, ihm bestellten, Unterpfandes auf Anstehen eines, ihm nachstehenden, Gläubigers gefallen zu lassen, diesem Verkauf zu widersprechen.

Die interventischen Kläger excipirten, um Abweisung des Intervenienten bittend, dahin, daß

dem vorgehenden Pfandgläubiger nicht die Befugniß zustehe, einen Eingriff in sein Pfand gänzlich abzuwehren und dadurch jede Execution an dem Pfandobject nach Belieben zu vereiteln. Es stehe der Nachhypothekargläubiger wie jeder andere Gläubiger mit dem bevorzugten Pfandgläubiger in keinem Contracts- oder sonst einem obligatorischen Verhältniß. Letzterer könne daher am wenigsten gegen diesen andern Gläubiger einen größeren Umfang von Rechten geltend machen, als in der Constituirung eines Pfandrechtes an sich begriffen sey. Diese Rechte beschränkten sich in Bezug auf das Pfandobject darauf, daß dieses zur Sicherheit der vorzugsweise zu tilgenden Forderung des bevorzugten Gläubigers dienen solle.

Die Replik des Intervenienten und Duplik des interventischen Klägers enthielt kein neues Vorbringen.

§. 3.

Entscheidung des Richters erster Instanz.

Dieser Verhandlung folgte die Entscheidung des Stadtgerichts D. vom 12. May 1826.

„Bescheid."

„In Erwägung, daß, wenn auch der nachfolgende Pfandgläubiger, vermöge seines Pfandrechts

allein, vor Befriedigung des vorgehenden Gläubigers, zur Veräußerung des Pfandes nicht befugt ist, dennoch schon nach Römischen Rechte,

l. 15. §. 5. de re jud.

zum Behuf der Vollstreckung gerichtlicker Urtheile, die Veräußerung verpfändeter Gegrnstände, unter Wahrung der Rechte des bevorzugteren Gläubigers, gestattet war, und dieses um so mehr bei der gegenwärtig bestehenden obrigkeitlichen Ueberwachung des Hypothekenwesens der Fall seyn muß, so wie es sich auch von selbst versteht, daß die, zum Vortheil eines andern, als des ersten Pfandgläubigers, angeordnete Versteigerung eines verpfändeten Gegenstandes nur die Erlangung eines, die bevorzugte Schuld übersteigenden, Erlöses bezwecken und ohne Erreichung dieses Zweckes der Zuschlag nicht ertheilt werden könne; —

wird zu Recht erkannt:

„daß die gegen die Vornahme einer Versteigerung „des fraglichen Unterpfandes erhobene Interven„tion, unter Verurtheilung des Intervenienten in „die Kosten, als unstatthaft zu verwerfen sey, wo„bei demselben übrigens hinsichtlich der wirklichen „Veräußerung des fraglichen Unterpfandes alle „Rechtszuständigkeiten vorbehalten bleiben."

V. R. W."

§. 4.

Prozeßgeschichte in zweiter Instanz.

Gegen diese Entscheidung ergriff der Intervenient die Appellation an den Oberrichter, sich dadurch für gravirt haltend, daß nicht lediglich zu seinen Gunsten erkannt worden sey und darum anstehend, daß das unterrichterliche Erkenntniß unter Verurtheilung des Appellaten in die Kosten beider Instanzen aufgehoben und dahin erkannt werde, daß das Unterpfand ohne seine Einwilligung nicht zu veräußern sey. Zur Begründung seiner Beschwerde führte er an, es sey ein, allgemein anerkannter, Grundsatz, daß durch die Verpfändung einer Sache das Recht zu deren Veräußerung unbedingt auf den Pfandgläubiger übergehe, so, daß er zwar die Befugniß habe, die Veräußerung des Pfandes zu verlangen, wenn der Pfandschuldner in der Zahlung säumig sey, aber nicht die Verbindlichkeit dazu und eben so wenig schuldig sey, diese Veräußerung zu dulden, so lange er noch unbefriedigt sey. Appellant berief sich dabei auf

Thibaut: System des Pandectenrechtes, (5te Auflage) §. 652.

Westphal: Versuch einer systematischen Erläuterung des Pfandrechtes (3te Auflage) §. 191.

L. 6. dig. de pignor act. (13. 7.)

L. 1. dig. de distr. pign. (20. 5.)

L. 8. Cod. qui potior. in pign. (8. 18.)

L. 17. Cod. de distr. pign. (8. 28.)

und fügt hinzu: Die L. 15. §. 5. dig. de re jud., worauf der Unterrichter seine Entscheidung baue, gebe keineswegs das Recht, eine verpfändete Sache zur Vollstreckung gerichtlicher Urtheile gegen den Willen des Pfandgläubigers zu veräußern, sondern verstatte vielmehr diese Veräußerung nur, „dimisso priori creditore“ also nach Befriedigung des vorzüglicheren Pfandgläubigers. Wenn aber auch diese Gesetzesstelle den, ihr vom Unterrichter unterlegten, Sinn hätte, so erscheine sie doch durch die allegirten Bestimmungen des derogirenden Codex aufgehoben. Denn die angeführte L. 17. Cod. erkläre die Veräußerung einer verpfändeten Sache durch einen unbevorzugten Gläubiger, welchem, im Gegensatz zum ersten, der zweite Pfandgläubiger gleichstehe, für nichtig und die L. 8. Cod. cit. benehme mit dürren Worten dem zweiten Pfandgläubiger das Recht, vor Befriedigung des ersten die Veräußerung des Pfandes zu verlangen. Selbst nicht einmal die, von Thibaut l. c. behauptete, Ausnahme von dieser Regel, daß nämlich der Schuldner wenigstens dann auf Veräußerung des Pfandes dringen könne, wenn der Werth desselben die Schuld bedeutend übersteige und die Sache gerade jetzt besonders vortheilhaft verkauft werden könne, ließe sich nach den Gesetzen

rechtfertigen. Namentlich sage gerade die L. 6. dig. cit. worauf dieser Rechtslehrer seine Behauptung stütze, das Gegentheil in den Worten:

„invitum enim creditorem cogi vendere, satis „in humanum est.“

Uebrigens liege dieser Fall nicht vor, da weder der Schuldner die Veräußerung verlange, noch das fragliche Haus jetzt besonders vortheilhaft verkauft werden könne. Vielmehr würde dieses Pfandobject im Weg der Zwangsversteigerung jetzt seinen wahren Werth bei weitem nicht erreichen, so, daß dadurch dem Schuldner und denjenigen von seinen Gläubigern, die dem Appellaten nachstünden, ein unersetzlicher Schaden erwachse, ein Schaden, den er, (Appellant) der zu diesen unbevorzugten Gläubigern gehöre, seinem Interesse gemäß zu verhindern wünsche.

Zum Schluß berief sich Appellant sowohl darauf, daß die, für ihn sprechenden, Vorschriften des R. R. durch keine Gesetze aufgehoben seyen, als auf die Natur der Sache und die übrigen gesetzlichen Bestimmungen. Denn bestünde das Verbot der Veräußerung eines Pfandes gegen den Willen des vorzüglichsten Pfandgläubigers nicht als Regel, so würde die gesetzliche Verordnung, daß auch der erste Pfandgläubiger im Concurs sich die Veräußerung des Pfandes müsse gefallen lassen, wofür die Vermuthung nicht sprechen könne, eben so überflüssig

erscheinen, als das, alsdann dem späteren Pfandgläubiger gleichgültige, jus offerendi et succedendi, vermöge dessen es dem Appellaten freistehe, durch das Vehikel seiner (des Appellanten) Befriedigung an seine Stelle zu treten.

§. 5.

Entscheidung in zweiter Instanz und Gründe derselben.

Nachdem der Oberrichter nach eingelangten Appellations-Bericht, in welchem sich der Unterrichter auf die seinem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründe bezog, das Duplicat des Appellationslibells dem Appellaten mitgetheilt hatte, erfolgte die Entscheidung in zweiter Instanz, welche das Urtheil des Untergerichts pure bestätigte, und, da sich Appellant dabei beruhigte, sofort in Rechtskraft überging. Die Gründe dieser oberrichterlichen Entscheidung sind in dem Votum des Referenten, dessen Ansicht sowohl von dem Correferenten als dem Colleg überhaupt getheilt wurde, entwickelt.

Der Referent geht davon aus, daß sich der ganze Streit um die Beantwortung der Frage drehe, ob der vorgehende Pfandgläubiger das Recht habe, den, von dem nachstehenden Pfandgläubiger beabsichtigten, Verkauf des Pfandobjects mit Wirkung zu widersprechen, ob dieser gegen den Willen des

Ersteren auf diesen Verkauf dringen kann? und geht dann in Folgenden zur Erörterung dieser Frage über:

„Es liegt in der Natur des Pfandrechtes und „gehört zu den Wesen desselben, daß demjenigen, „welchem ein solches constituirt wird, im Allgemei„nen auch das Recht zusteht, zur Realisirung sei„ner Forderung das, ihm zu dereu Sicherheit ge„gebene, Pfand, eintretenden Falls, versteht sich „auf gesetzliche Wege, zu veräußern und es scheint „daher ein solches auch dem nachgehenden Gläubiger „unbedingt eingeräumt werden zu müssen. Nach „den Gesetzen ist jedoch diese Befugniß desselben „auf den, sich gewissermaßen von selbst verstehenden, „Fall beschränkt, wenn der vorgehende Gläubiger „zuvor seine Befriedigung erhalten hat, indem da„damit zugleich auch dessen Pfandrecht erlischt. „Es findet dieser Satz seine Bestätigung in

L. 1. dig. de distr. pign. (20. 5.)

„Creditor, qui praedia pignori accepit et „post alium creditorem, qui pignorum con„ventionem ad bona debitoris contulit, ipse „quoque simile pactum bonorum ob alium „aut eundem contractum interposuit, ante „secundum creditorem dimis„sum, nullo jure cetera bona ti„tulo pignoris vendidit etc.

„Das Gesetz bezeichnet den Fall: A. hatte eine „Special-Hypothek, später ließ sich B. eine General-„Hypothek und hiernach wieder A. gleichfalls eine „solche constituiren. Ob nun gleich A. auch ein, „sich auf alle Güter des Schuldners erstreckendes, „Pfandrecht erlangt hat, so soll er doch nicht eher „befugt seyn, die, in seiner Specialhypothek nicht „begriffenen, ihm erst später verpfändeten, Güter „verkaufen zu dürfen, als bis der zweite Gläubiger, „welcher hinsichtlich der, in der Specialhypothek „des A. nicht enthaltenen, Pfänder als erster er-„scheint, dimmittirt, d. h. befriedigt oder abgefun-„den ist.

Noch mehr wird dasselbe bestätigt durch

L. 8. Cod. qui potiores in pign. (8. 18.) verbis:

„Diversis temporibus eadem re duobus jure „pignoris obligata, eum, qui prior data „mutua pecunia pignus accepit, potiorem „haberi, certi ac manifesti juris est, nec „alius secundum (creditorem) distrahendi „potestatem hujus pignoris consequi, nisi „priori creditori debita fuerit soluta quan-„titas.“

„Ist es hiernach dem nachstehenden Gläubiger „verboten, vor Befriedigung des vorstehenden das „Pfand zu veräußern, so muß es, meines Erach-„tens, auch dem letzteren zustehen, dieses gesetzliche „Verbot gegen Ersteren geltend zu machen, sobald

„derselbe vor seiner Abfindung zur Veräußerung „schreiten will.

„Mit dieser Ansicht stimmen auch die ansehnlich„sten Rechtslehrer überein:

Glück. Erläuter. der Pand. B. 19. §. 1097. p. 366.

„Der spätere Pfandgläubiger kann durch das „jus offerendi eine Veräußerung des Pfan„des durchsetzen, wenn ihn der vorgehende „Gläubiger daran hindern will.“

v. Wening Ingenheim. Civilrecht Theil 1. §. 162.

„Der nachstehende Gläubiger kann, so lange „seine Vorgänger — Creditoren mit besseren „Pfandrechten — noch unbefriedigt sind, die „Rechte, welche sonst dem Creditor zuste„hen, nicht mit Erfolg und Wirksamkeit „ausüben, weder selbst gültig veräußern, „noch den Vorgänger zum Verkauf zwingen ꝛc. „Nichts bleibt übrig, als das jus offerendi „auszuüben, welches den Vortheil gewährt „ꝛc. oder auch selbst wirksam veräußern zu „dürfen.

Gesterding. Lehre v. Pfandrecht p. 270 ꝛc.

„Dem nachstehenden Pfandgläubiger steht „zwar das jus distrahendi als zum Wesen „des Pfandrechts gehörig zu. Er darf aber „keinen Gebrauch davon machen, so lange

„der vorstehende Gläubiger nicht befrie-
„digt ist.

Westpfahl. System. Erläuter. des Pfandrechts §. 191.

„Wenn blos ein nachgehender Gläubiger auf „den Verkauf des Pfandes dringt, und der „vorgehende widerspricht, so wird aus dem „Verkauf nichts, wo nicht der nachstehende „sich des Eintretungsrechts bedienen will." [a])

„Wendet man diese, auch von dem Untergericht „im Eingang seiner Entscheidungsgründe nicht ver-„kannten, gesetzlichen Bestimmungen und Auctoritä-„ten auf den vorliegenden Fall an, so muß sich mei-

---

[a]) Entgegengesetzter Meinung ist Mevius in seinen Decisionen. Pars 4. dec. 346.

„Non — opus habet posterior creditor, ut „offerat primo creditori creditum, qui ex „reliquis pignoris sibi satisfiere cupit, sed „cogi potest primus ad destrahendum pignus."

Denn: „Semper ea ratio sequenda est, quantum „fieri potest, ut omnibus consulatur, „nemo fraudetur."

und Brunnemannus. Commentarius in Pandectas ad Lib. 42. tit. 1. Lib. 15.

„Colligitur ex hoc §. 5. (L. 15. §. 5. Dig. de „re jud.) creditorem potiorem non „posse distractionem impedire, ut „scilicet superfluum sequentibus addicatur."

„nes Erachtens die Intervention des Appellanten und „somit auch die Beschwerde desselben als gegründet „darstellen, wenn nicht etwa vermöge besonderer ge„setzlicher Ausnahmen von den erwähnten Vorschrif„ten dem Appellaten dennoch die Befugniß, die Ver„äußerung des Pfandes zu verlangen, sollte zuer„kannt werden müssen.

„Eine solche Ausnahme scheint mir nun allerdings „begründet durch die von dem Unterrichter angerufene:

L. 15. §. 5. dig. de re judicata (42. 1.)

„Quod si res sit pignerata, quae pignori „capta est, videndum est, an sic distrahi „possit, at, dimisso creditore, superfluum „in causam judicati convertatur et quam„quam non cogatur creditor, rem, quam pig„nori accepit, distrahere, tamen in judicati „executionem servatur, ut, si emtorem ve„nerit res, quae capta est, qui dimisso „priori creditore superfluum solvere sit „paratus, admittenda sit hujus quoque rei „distractio: nec videtur deterior conditio „creditoris fieri, suum consecuturi, nec „prius jus pignoris dimissuri, quam, si ei „fuerit satisdatum."

„durch welche also bestimmt ist, daß, wenn „gleich der Pfandgläubiger zum Verkauf des Pfan„des nicht gezwungen werden könne, doch zum Be„huf der Vollstreckung eines Erkenntnisses der Ver-

kauf

„kauf der verpfändete Sache statthaft sey, [3]) wenn „sich ein Käufer finde, welcher nach Befriedigung „des vorgehenden Gläubigers einen Ueberschuß, also „mehr, als die Forderung wofür die Sache ver„pfändet ist, zu zahlen bereit sey. Der Grund die„ser Disposition beruht darauf, weil der Gläubiger „nicht mehr als die Bezahlung seiner Forderung „verlangen kann und eine Beeinträchtigung seiner „Rechte bei einem Verkauf nicht eintritt, sobald er „aus dem Verkauf seine volle Befriedigung zu er„warten hat. Daß das Gesetz aber den Fall vor „Augen habe, wo auf den Antrag des nachste„henden Gläubigers der Verkauf des Pfandes „stattfinden soll, scheint aus den Worten: „dimisso „priori creditore" deutlich hervor zu gehen und es „ist dasselbe demnach für unsern Fall völlig entschei„dend, da unbestrittenermaaßen die Veräußerung „des Pfandobjects zum Behuf der Execution eines „rechtskräftigen Judicats geschehen und dadurch die „Befriedigung des nachstehenden Gläubigers, nach „vorgängiger Abführung der Forderung des vorherge„henden Gläubigers, zu erwirken gesucht werden soll."

---

[3]) Mevii decisiones Pars V. dec. 138. Nro. 3.
„Non potest unus creditor, etsi anterior „sit, et specialem hypothecam anteriorem „habeat, impedire, qua alterum executio„nem judicati, sed satis illi esse debit, quod „post hunc ipsi jura et actiones integrae sunt."

„Der von dem Appellanten gegen die Anwend=
„barkeit des Gesetzes gemachte, darin bestehende,
„Einwand, daß nach dem Gesetz das Pfand nur
„dann erst zum Verkauf gebracht werden dürfe,
„wenn zuvor schon der andere Gläubiger abgefunden
„sey, verdient, meines Dafürhaltens, keine Beach=
„tung, da diese Bedingung nicht nur in dem Ge=
„setz nicht enthalten ist, dasselbe vielmehr nur von
„dem Fall spricht, wenn ein Käufer bereit sey, mehr
„zu bezahlen, als die Forderung des vorgehenden
„Gläubigers beträgt, dasselbe auch sonst eine leere
„Bestimmung enthalten würde, indem es sich von
„selbst versteht, daß, wenn der vorgehende Gläu=
„biger bereits befriedigt und dadurch dessen Pfand=
„recht verloschen ist, für den nachfolgenden kein
„Hinderniß mehr besteht, von seinem Veräuße=
„rungsrecht Gebrauch zu machen. Auch läßt es
„sich nicht behaupten, daß bereits ein Käufer, wie
„ihn das Gesetz verlangt, gefunden seyn müsse, be=
„vor zum Verkauf geschritten werden dürfe. Das
„Gesetz schreibt dieß nicht vor und es läßt sich auch
„nicht absehen, warum es nicht gestattet seyn sollte,
„durch den Versuch eines Verkaufs die Beischaffung
„eines solchen Käufers zu erlangen zu suchen. Von
„dem Resultat der intendirten Veräußerung wird
„es abhängen, ob sich ein solcher Käufer finde, so=
„wie es sich denn auch von selbst versteht, daß dem
„vorgehenden Gläubiger in Beziehung auf den zu

„ertheilenden Zuschlag und die wirkliche Veräuße„rung des Pfandes alle Rechte gewahrt bleiben, „wie solches auch sententia a qua zum Ueberflusse aus„drücklich besagt.

„Es kann auch die fernere Behauptung des Ap„pellanten der Anwendbarkeit des allgemeinen Ge„setzes nicht entgegenstehen, daß dasselbe ein Pan„dectenfragment und ihm durch die, oben ausge„zogenen, Stellen des Codex derogirt sey, da „dasselbe mit den Letzteren sich durchaus nicht in „Widerspruch befindet, vielmehr nur eine, in dem „Codex nicht reprobirte, Ausnahme von der, in „diesem angegebenen und von ihm selbst wiederhol„ten, Regel statuirt, welcher Ausnahme unter An„dern auch der, von dem Appellanten allegirte „Westphal. in der Note zu §. 190. und Gesterding „l. c. das Wort reden.“

„Aus diesen Gründen und da der Umstand, daß „Appellant auch als nachstehender Gläubiger dabei „interessirt zu seyn behauptet, daß das Pfandob„ject dermalen nicht verkauft werde, nichts zu er„heben vermag, indem eines Theils darauf die In„tervention nicht zu gründen versucht worden ist, „andern Theils aber auch ein solches Interesse, wel„ches Appellant durch das jus offerendi, wenn an„ders die Erfordernisse dazu vorhanden sind, wah„ren mag, das Verkaufsrecht gesetzlich nicht hin„dern kann, trage ich darauf an, die Appellations-

„Prozesse abzuschlagen und als Folge hiervon den „Appellanten in die Kosten dieser Instanz zu ver„urtheilen. [3])

---

[3]) Dieser Rechtsfall gab dem Oberrichter Veranlassung zur Annahme eines Präjudizes, das dahin fixirt wurde:

„Dem nachstehenden Pfandgläubiger steht die „Befugniß nicht zu, gegen den Willen des „vorgehenden Pfandgläubigers auf den Ver„kauf des Pfandobjects zu dringen, und es „hat Letzterer das Recht, einem solchen Antrag „auf Verkauf zu widersprechen.

„Ausnahmsweise fällt jedoch dieses Recht „des vorgehenden Pfandgläubigers weg, wenn „der Verkauf des Pfandes zur Vollstreckung „eines richterlichen Urtheils geschehen soll. Es „versteht sich aber von selbst, daß in einem „solchen Falle die Rechte des vorhergehenden „Gläubigers in Beziehung auf den, zu erthei„lenden, Zuschlag und die wirkliche Veräuße„rung des Pfandobjects gewahrt werden müssen."

F.

Unter welcher Voraussetzung tritt der, der zur Abfindung eines Pfandgläubigers Geld dargeliehen hat, dadurch an die bevorzugte Stelle dieses Befriedigten?

§. 1.

Geschichts-Erzählung.

J. B. in K. nahm im Jahr 18.. bei dem K. Kirchenkasten ein Darlehn von 600 Gulden auf und verpfändete dafür gerichtlich sein Wohnhaus daselbst. Später, im Jahr 1816 schlug er dieses Wohnhaus seinem Sohn, Joh. B. an, welcher dafür die Pfandschuld seines Vaters an den Kirchenkasten übernahm und sich außerdem urkundlich verbindlich machte, seiner Schwester, der Wittwe des G. B. in K. als Hausanschlags- (Kauf) Schilling 200 fl. auszuzahlen.

Später nahm dieser J. B. bei der Forstwittwenkasse in D. ein Kapital von 600 Gulden auf, indem er dafür das nämliche Unterpfand (sein Wohnhaus) constituirte und trug damit die übernommene Pfandschuld an den Kirchenkasten ab. Einige Jahre hernach, im Jahr 1823 nahm er bei der Wittwe des

Schreinermeisters F. in D. ein Capital von 818 Gulden auf, indem er dafür dasselbe Wohnhaus und außerdem noch mehrere Güterstücke gerichtlich zum Unterpfand bestellte. Mit dieser aufgenommenen Summe trug er namentlich seine Pfandschuld an die Forstwittwenkasse ab.

Bald darauf verfiel er in Concurs. Unter den Gläubigern, die sich in demselben meldeten, befand sich die Hypothekargläubigerin, Wittwe F. in D. und die erwähnte Schwester des Gemeinschuldners, die Wittwe des G. B. in K. von denen die Erstere ihre Pfandforderung mit Zinsen, die Letztere ihre Hausanschlagsforderung von 200 Gulden meldete.

§. 2.

Verhandlung in erster Instanz.

Bei Erlassung des Locations-Urtheils setzte das Landgericht L. die Wittwe B. der Hypothekargläubigerin nach, ersterer jedoch die Begründung etwaigen besseren Vorzugsrechtes nachlassend. Sie tritt sofort durch eine Eingabe vom 10. Nov. 1825 gegen die, ihr vorgesetzte, Hypothekargläubigerin auf und nahm ein Vorzugsrecht vor derselben wegen ihrer erwähnten Forderung in Anspruch, indem sie darum bat, daß sie mit ihrer Hauskaufschillingsforderung von 200 Gulden nebst Zinsen der Wittwe F. vorgesetzt werde. Sie stützte dieses ihr Vorzugsrecht auf

die, bereits gedachten, Verhältnisse und hob die, für sie sprechenden, Gesichtspunkte heraus. Namentlich führte sie für sich an: Nach dem Landrechte der Obergrafschaft Catzenelnbogen Theil 1. Titel 6. §. 4. gehe der Verkäufer wegen des rückstehenden Kaufschillings allen andern Gläubiger in Bezug auf das Objekt des Verkaufs unbedingt vor und daß sie wegen ihrer Forderung Mitverkäuferin sey, leide keinen Zweifel. Zwar würde der K. Kirchenkasten wegen seine hypothekarischen Forderung ihrer Forderung vorgehen, weil durch den Verkauf des Hauses an den Gemeinschuldner nicht mehr Rechte auf die verkaufenden Kinder hätten übertragen werden können, als der Vater gehabt habe, bei diesem Verkauf aber die Pfandforderung des Kirchenkastens auf dem Verkaufsobjekt geruht habe. Allein dieser Pfandgläubiger (sowie die nachfolgende Pfandgläubigerin, die Forstwittwenkasse) sey längst befriedigt und so könne auch von keinem Vorzugsrecht die Rede seyn.

Gesetzt also auch, die spätere Pfandgläubigerin, Wittwe F. habe dadurch, daß sie dem, ihr das nämliche Wohnheus verpfändenden, Käufer desselben ein Kapital vorgeliehen, bewirkt, daß der frühere Pfandgläubiger abgetragen worden sey, so sey sie doch darum nicht an die Rechte des früheren Pfandgläubigers getreten, was nur dann angenommen werden könne, wenn sie bei Gelegenheit der Befriedigung des früheren Gläubigers sich ausdrücklich die

Succession in dessen Rechte bedungen hätte. Aus ihrer Schuld- und Pfandverschreibung sey aber nicht zu ersehen, daß sie vertragsweise zur Bedingung gemacht hätte, daß sie an die Stelle des abgefundenen Kirchenkastens (oder der Forstwittwenkasse) trete.

Die, hierauf vernommene, Wittwe F. führt für sich namentlich an, daß durch das, von ihr hergeliehene, Capital die ursprüngliche Pfandschuld des Gemeinschuldners mittelbar abgetragen worden sey. Daß dieses neue Darlehn nur gegen Uebertragung der Rechte der vorderen Hypothekargläubiger erfolgt sey, ergebe sich aus ihrer (Wittwe F.) bei den Akten befindlichen Schuld- und Pfandverschreibung.

§. 3.

Entscheidung in erster Instanz nebst den Entscheidungsgründen.

Der Richter erster Instanz sprach hierauf unterm 9. Decbr. 1825 der Wittwe F. das Vorzugs-Recht vor der Wittwe B. zu.

Bescheid.

In Sachen ꝛc.

In Erwägung:

1) daß in dem Prioritätserkenntniß vom 7. August v. J. einem jeden Gläubiger die Ausfüh-

rung eines etwaigen besseren Vorzugsrechtes nachgelassen wurde, und zur Abkürzung der Sache in Gemäßheit Beschlusses der Gläubiger vom 21. März 1825 das allgemeine förmliche Prioritätsverfahren nicht eingeleitet worden war;

2) daß demnach, in Folge des gedachten rechtskräftigen Erkenntnisses, auch der Implorantin das Recht züstehet, ihr in Anspruch genommenes Vorzugsrecht besser, als geschehen zu begründen;

3) daß dagegen der Implorantin diese bessere Begründung keineswegs gelungen ist, indem sie bereits in der vorderen Verhandlung nachgegeben hat (vid. Protokollar-Erklärung vom 30. Mai 1825) daß die frühere, dem Gemeinschuldner auf das Haus angewiesene, väterliche Schuld von 600 fl. mittelbar oder unmittelbar von dem, zu dieser Bestimmung ausdrücklich vorgeschossenen, Darlehn der Imploratin abgetragen worden;

4) daß hiernach, abgesehen von allem Pfandnexus und der Frage, ob sich Imploratin den Eintritt an die Stelle des ersten Pfandgläubigers hinsichtlich des verunterpfändeten Hauses ausdrücklich bedungen hat, Implorantin aus dem Erlöse des Hauses hinsichtlich ihrer Erbgeldsforderung schon um deßwillen der er-

steren nicht vorgehen kann, weil aus dem Erlös des Hauses jene darauf angewiesene Erbschaftsschuld nach dem Grundsatz: hereditas non intelligitur, nisi deducto aere alieno" vor allen Dingen zu berichtigen ist;

5) daß hier in sofern die Bestimmung der L. 2. D. de cessione bonorum
„In personalibus actionibus, qui postea „quidem contraxerunt, verum ut pecu-„nia eorum ad priores creditores perve-„niat, in locum eorum succedunt"
zur Anwendung kommen muß,

wird zu Recht erkannt

daß Implorantin mit ihrem in Anspruch genommene Vorzugsrecht vor der, sub 2. des Prioritätserkenntnisses vom 7. August d. J. locirten, Forderung der Imploratin abzuweisen sey.

§. 4.

Verhandlung in zweiter Instanz

Gegen diese Entscheidung ergriff die Unterliegende das Rechtsmittel der Berufung, sich dadurch für beschwert erklärend, daß ihr nicht wegen ihrer Forderung von 200 Gulden rückständigen Hauskaufschillings ein unbedingter Vorzug in Bezug auf den Erlös des, zur Concursmasse gehörigen, Hauses vor ihrer Gegnerin zuerkannt worden sey und

um reformatorische Entscheidung dahin, daß sie derselbe zu prälociren sey, bittend.

Zur Rechtfertigung der Beschwerde bezog sich Appellantin auf den Inhalt ihrer Eingabe vom 10. November 1825 in faktischer und rechtlicher Hinsicht und fügte dabei nur noch, namentlich zur Widerlegung der Entscheidungsgründe des Unterrichters hinzu:

1) Wenn auch die frühere Schuld ihres und des cridarii Vaters von 600 Gulden mittelbar oder unmittelbar von dem, zu dieser Bestimmung ausdrücklich vorgeschossenen, Darlehn der Appellatin abgetragen worden sey, so begründe dieser Umstand doch nicht deren Vorzugsrecht, das sich dann nur geltend machen würde, wenn bei dem Darlehn Appellatin die ausdrückliche Bedingung gemacht hätte, daß sie in des befriedigten Pfandgläubigers Stelle trete.

2) Das Darlehn der Appellatin sey nicht ihrem (der Appellatin) Vater ausgezahlt worden, sondern dem Käufer des Hauses, also nicht eine Schuld des Ersteren sondern des Letzteren.

3) Die Bestimmung der L. 2. de cess. bon. könne nicht entscheiden, indem sie blos von persönlichen Klagen rede, also für den vorliegenden Fall keine Anwendung leide.

§. 5.

Entscheidung in zweiter Instanz und Entscheidungs-Gründe.

Nachdem der Unterrichter sich in dem Appellations-Bericht, auf die, seiner Entscheidung beigefügten, Entscheidungsgründe bezogen, kam die Sache bei dem Oberrichter zum Vortrag.

Der Referent war der Meinung, daß die Forderung der Appellantin nicht als rückständiger Kaufschilling anzusehen sey; Sollte aber angenommen werden, daß dieses doch der Fall sey, so sey seine Ansicht die, daß der Appellantin wegen dieser Kaufschillingsforderung noch zur Zeit allerdings ein Vorzugsrecht vor der Appellatin zustehe, weil nach Th. 1. Tit. 6. §. 4. [1]) des Katzenelnboger Landrechts Forderungen aus rückständigen Kaufschilling „in solchen Stücken oder Gütern alle andere Gläubiger vorgehen" und keineswegs schon jetzt angenommen werden könne, daß Appellatin als in die Rechte des K. Kirchenkastens, welcher als Gläubiger der Gläubigerin (Appellantin) dieser natürlich vorgehen würde,

---

[1]) „so wollen wir, daß in Unser Obrigkeit alle verkaufte liegende Stücke und Güter dem Verkäufer bis zur gänzlichen Erlegung der Kaufsumme soll verhaft seyn und der Verkäufer in solchen Stücken oder Gütern allen andern Gläubigern vorgehen."

eingetreten anzusehen sey. Zwar habe Appellantin nachgegeben, daß mit dem Darlehn der Appellatin die Pfandforderung des Kirchenkastens mittelbar oder unmittelbar abgetreten worden sey. Allein daraus folge noch nicht, daß hierdurch die Appellatin in die Rechte dieses früheren Pfandgläubigers eingetreten sey.

Denn nach der Const. 1. Cod. (8. 19.)

„Non omnino succedunt in locum hypothe-
„carii creditoris hi, quorum pecunia ad cre-
„ditorem transit. Hoc enim tunc observatur
„cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc
„pacto credat, ut idem pignus obligetur et in
„locum ejus succedat."

finde nur dann der Eintritt in die Rechte des früheren Gläubigers statt, wenn dieses ausdrücklich bedungen worden sey. Dieses habe Appellatin zwar behauptet, aber nicht bewiesen. Sie müsse also der Appellantin nachstehen, wenn sie den, ihr nachzulassenden, Beweis dieser so widersprochenen Behauptung nicht vorbringen könne.

Die von dem Unterrichter angeführte L. 2. D. de cess. bon. entscheide für dessen Ansicht nicht. Diese Gesetzesstelle spreche von personalibus actionibus und sey darum hier nicht anwendbar, weil es sich hier von einer actio realis, der Verfolgung eines Pfandrechtes einer unbeweglichen Sache

handle. [2]) Eben so wenig anwendbar sey der, vom Unterrichter geltend gemachte, Rechtssatz „heriditas non intelligitur, nisi deducto etc.“ indem nicht von einer Schuld des Vaters der Appellantin, sondern von einer Schuld des Hauskäufers die Rede sey.

Es sey daher das unterrichterliche Erkenntniß unter Verurtheilung der Appellatin in die Kosten der Appellations-Instanz dahin zu reformiren:

„daß die Appellantin hinsichtlich ihrer Forde-
„rung der Appellatin vorzusetzen sey, letztere
„könnte denn binnen einer, vom Unterrichter
„anzuberaumenden, Frist, ersterer Gegen-
„beweis vorbehältlich, rechtlich erwiesen, daß
„sie sich bei Darleihung ihres Kapitals den
„Eintritt in die Rechte des K. Kirchenkastens
„ausdrücklich bedungen habe, worauf u. s. w.

Der Correferent ging von der Ansicht aus, daß die Forderung der Appellantin nothwendig als rückstehender Kaufschilling betrachtet werden müsse.

---

[2]) Nach Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten. Band 19. Abth. 2. Seite 369 Note 91. spricht diese Gesetzesstelle von dem befriedigten persönlich privilegirten Gläubiger, an dessen Stelle der trete, der das Geld unter der Bedingung hergegeben habe, daß dieser Gläubiger damit befriedigt werde.

Denn sie sey eine Forderung des anschlagenden Vaters, die an die Appellantin, die Schwester des Käufers, welchem angeschlagen worden sey, als Erbtheil hingewiesen worden wäre und trat in so fern der Meinung des Referenten bei, als der, mit dessen Geld ein Pfandgläubiger abgefunden werde, sich dessen Rechte vorbehalten müsse, wenn er an dessen Stelle succediren wolle. Allein seines Erachtens werde der Beweis erbrecht, wenn noch nachgewiesen werde, daß

1) das Geld zur Ablösung der früheren Pfandschuld aufgenommen worden,

2) diese Ablösung hiermit erfolgt sey und

3) dasselbe Unterpfand, wenn auch mit andere Unterpfänder verstärkt, abermals zum Pfand constituirt worden sey. Da nun stillschweigende Bedingungen die Wirkung ausdrücklicher hätten, so erscheine ihm durch die, bei den Akten liegende, Schuld- und Pfandverschreibung der Appellatin, die von der Appellatin anerkannt sey, der Beweis erbracht, daß die Appellatin sich den Eintritt in das Pfandrecht der, ihr vorausgegangenen, Forstwittwenkasse bedungen habe. Ob nun ein Gleiches von der Letzteren in Beziehung auf die Pfandrechte des K. Kirchenkastens geschehen sey, sey noch nicht erwiesen, so, daß der Appellatin noch weiterer Beweis (etwa durch die, der Forstwittwenkasse ausgestellte, Hypothek,

in so weit sie damit auszulangen gedenke, aufzuerlegen sey.

Das Gericht trat der Meinung des Correferenten in so weit bei, als es annahm, daß die Forderung der Appellantin als rückständiger Kaufschilling erschiene. Dagegen theilte es nicht die weitere Ansicht des Correferenten, daß ein stillschweigender Vertrag über Gestattung des Vorzugsrechtes anzunehmen sey, sondern trat der Ansicht des Referenten nnd den Antrag desselben, jedoch mit Zufügung der weiteren, von dem Correferenten angetragenen, Beweisauflage, bei. Das Urtheil ward daher dahin abgefaßt und erlassen:

„In Sachen ꝛc. wird ꝛc. zu Recht erkannt:

daß das unterrichterliche Erkenntniß vom 9. December 1826 unter Verurtheilung der Imploratin und resp. Appellatin, Schreiner F. Wittwe, in die Kosten der Appellations-Instanz, dahin abzuändern sey:

daß die Wittwe B. hinsichtlich der fraglichen 200 fl. der Wittwe F. vorzusetzen sey, letztere könnte denn binnen einer, vom Unterrichter anzuberaumenden, Frist, ersterer Gegenbeweis vorbehältlich, rechtlich erweisen, daß sie sich bei Darleihung ihres Kapitals den Eintritt in die Rechte des K. Kirchenkastens ausdrücklich ausbedungen habe, und daß diese Rechte

auf

auf die Forstwittwenkasse übergegangen gewesen seyen, worauf ꝛc.

§. 6.

Präjudiz.

Diese Entscheidung veranlaßte das Obergericht zur Annahme des Präjudizes: daß darin, daß man zur Abfindung eines Pfandgläubigers ein Darlehn gebe, blos die Absicht des Darleihers liege, daß der Pfandgläubiger abgefunden und so dessen Pfand getilgt werde, daß aber hierin keineswegs eine stillschweigende Uebereinkunft gefunden werden könne, daß der Darleiher auch in das bevorzugte Pfandrecht des Pfandgläubigers eintrete, daß vielmehr hierzu, falls nicht eine Cession eintrete, eine ausdrückliche [3]) Uebereinkunft erfordert werde.

---

[3]) V. Wening Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Erster Band Seite 322.

„Das, schon vorhandene, Pfandrecht kann „von dem Berechtigten auf ein anderes Subjekt übergehen, was man die hypothekarische Succession zu nennen pflegt. Sie „kommt vor ꝛc.

3) „wenn bei dem Darlehn zur Abfindung eines „Pfandgläubigers der Eintritt in dessen Pfandrecht ausdrücklich bedungen — wird.

Schweppe: Das römische Privatrecht: Erster Bd. §. 307.

„Eine Hauptveranlassung der Translation ist „die Abfindung des Gläubigers durch einen an„dern, welche zwar den letzten nicht von selbst „in des Abgefundenen Stelle setzt, wobei aber „auch nicht gerade eine förmliche Uebertragung „von Seiten des vorigen Pfandgläubigers nö„thig ist, wenn nur dem Schuldner das Geld „zur Abfindung angeliehen und der Eintritt in „des Abgefundenen Stelle bedungen — ist.“

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandecten. Theil 19. Abth 2. Seite 368.

„Man kann die Hypothekarische Stelle eines „Gläubigers mittelbar durch einen, mit dem „Schuldner eingegangenen, Vertrag erlangen „— wenn man dem Schuldner Geld darleihet, „um damit einen Pfandgläubiger abzufinden und „sich den Eintritt in die Pfandstelle des abgefun„denen Gläubigers ausdrücklich ausbedingt. „Es succedirt demnach nicht jeder, mit dessen „Geld ein Pfandgläubiger abgefunden wird, „schon deßwegen in seine Stelle, sondern es „muß dieses durch den Schuldner auf die Art „bewirkt werden, daß man

1) „demselben ausdrücklich das Geld in der Absicht „vorschießt, daß dieser damit einen Hypotheka„rischen Gläubiger befriedige und dann

2) „sich dabei zur ausdrücklichen Bedingung macht, „daß man die Hypothek des abgefundenen Gläu„bigers erhalte und in dessen Stelle trete. Ist

„Beides conjunctim vorhanden, so tritt man „ipso jure in die Stelle des, mit unserem Geld „abgefundenen Gläubigers, sobald nämlich die „Abfindung wirklich erfolgt ist, ebenso ein, als „wenn der, jetzt abgefundene, Gläubiger seine „Hypothek cedirt hätte.

Westphal: Pfandrecht §. 172. Gesterding: Pfandrecht §. 35.

Berichtigungen.

Seite 55 Zeile 2 von unten l. „der Tochter erster Ehe sowie des 2c.“ statt: „sowie der Tochter erster Ehe des 2c.“

Seite 62 Zeile 4 — 6 von unten l. „Na. (Nota)“ statt: „Nro.“

Seite 76 Zeile 1 von oben l. „rechtsbeständiges“ statt: „rechtsständiges.“

Seite 76 Zeile 2 von oben l. „erlangt“ statt: „verlangt.“

Berichtigungen.

Seite 55 Zeile 2 von unten l. „der Tochter erster Ehe sowie des ꝛc.“ statt: „sowie der Tochter erster Ehe des ꝛc.“

Seite 62 Zeile 4 — 6 von unten l. „Na. (Nota)“ statt: „Nro.“

Seite 76 Zeile 1 von oben l. „rechtsbeständiges“ statt: „rechtsständiges.“

Seite 76 Zeile 2 von oben l. „erlangt“ statt: „verlangt.“

Berichtigungen.

Seite 55 Zeile 2 von unten l. „der Tochter erster Ehe sowie des ꝛc.“ statt: „sowie der Tochter erster Ehe des ꝛc.“

Seite 62 Zeile 4 — 6 von unten l. „Na. (Nota)“ statt: „Nro.“

Seite 76 Zeile 1 von oben l. „rechtsbeständiges“ statt: „rechtsständiges.“

Seite 76 Zeile 2 von oben l. „erlangt“ statt: „verlangt.“

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bopp, Philipp, 1790-1862

Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen in einzelnen Ausarbeitungen und mit besonderer Beachtung merkwürdiger Rechtsfälle
Bd.: 1

Darmstadt (1830)

Decis. 17 h-1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396490-0